

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO

UNIDAD DE POSTGRADO

Las Violaciones de los derechos fundamentales de los procesados, internos en los centros penitenciarios de reos primarios "San Jorge" y "San Pedro" de la ciudad de Lima, por los jueces penales al decretar su detención preventiva y el exceso de permanencia de esta medida

TESIS

para optar el grado académico de Doctor

AUTOR:

Víctor Mario Amoretti Pachas

Lima – Perú

2011

ÍNDICE

Página

PRESENTACIÓN	2
CAPÍTULO I	9
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	9
1.- JUSTIFICACIÓN DEL TEMA	14
2.- OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN	16
2.1 OBJETIVO GENERAL	16
2.2. OBJETIVO ESPECÍFICOS	16
3.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	17
4.- MARCO TEÓRICO.	17
5. HIPÓTESIS	18
6. VARIABLES	18
7. TAMAÑO DE LA MUESTRA.....	19
8. CONTRASTACIÓN	20
9. MÉTODO Y TÉCNICAS	34
CAPÍTULO II	41
MARCO TEÓRICO – DOCTRINARIO	44
SUBCAPÍTULO I	44
DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS PROCESALES PENALES EN EL DERECHO PERUANO	44
1. DERECHOS FUNDAMENTALES	44
1.1. CONCEPTOS DOCTRINALES SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ..	44
2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LOS PROCESOS PENALES	49
2.1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	49
2.1.1. CONCEPTO	49
2.1.2. OPINIONES DOCTRINALES	53
2.1.3. FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	57
2.1.4. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL E	
INTERNACIONAL	63
2.1.5. JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE	
LEGALIDAD	64
2.1.6. PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL PENAL Y PENITENCIARIA.....	67
2.1.7. JUICIO DE TIPICIDAD	82
2.1.8. JURISPRUDENCIA SOBRE JUICIO DE TIPICIDAD.....	92
2.2. EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO.....	97

2.2.1. CONCEPTO	97
2.2.2. DOCTRINA JURÍDICA.....	108
2.2.3. Ejecutorias.....	125
2.3. EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	130
2.3.1. CONCEPTO	130
2.3.2. Opiniones.....	135
2.3.3. Ejecutorias	139
2.4. EL PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL.....	144
2.4.1. CONCEPTO	144
2.4.2. Opiniones.....	147
2.4.3. Ejecutorias	151
2.5. EL PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN	156
2.5.1. CONCEPTO	156
2.5.2. Opiniones.....	160
2.5.3. Ejecutorias	163
2.6. EL PRINCIPIO DEL INDUBIO PRO REO	174
2.6.1. CONCEPTO	174
2.6.2. Opiniones.....	177
2.6.3. Ejecutorias	178
SUBCAPÍTULO II.....	182
PROCESO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL – HÁBEAS CORPUS.....	182
1. GENERALIDADES	182
2. CONCEPTO	189
3. TIPOS DE HÁBEAS CORPUS.....	198
4. FUNDAMENTOS LEGALES.....	203
4.1. DERECHOS TUTELADOS.....	<i>¡Error! Marcador no definido.</i>
4.2. EL PROCEDIMIENTO.....	210
SUBCAPÍTULO III.....	217
AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	217
1. LA AUTORÍA	217
1.1. OPINIONES DOCTRINALES	217
1.2. EJECUTORIAS	224
1.3. CLASES DE AUTORÍA	221
2. LA COAUTORÍA	232
3. LA PARTICIPACIÓN.....	233
3.1. FORMAS DE PARTICIPACIÓN.....	236
3.1.1. INSTIGACIÓN.....	236

3.1.2. LA COMPLICIDAD	240
3.1.2.1. OPINIONES DOCTRINALES SOBRE COMPLICIDAD	243
3.1.2.2. EJECUTORIAS SOBRE COMPLICIDAD	244
4. DIFERENCIAS ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.	246
SUBCAPÍTULO IV	247
DETENCIÓN PREVENTIVA JUDICIAL	247
1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	247
1.1. <i>LIBERTAD PERSONAL Y SEGURIDAD</i>	249
1.2. <i>DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL</i>	251
1.2.1. PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL EN LA CONSTITUCIÓN Y TRATADOS INTERNACIONALES	253
1.2.2. GARANTÍAS PENALES Y PROCESALES QUE PROTEGEN LA LIBERTAD PERSONAL	255
1.2.3. DETENCIÓN JUDICIAL PREVENTIVA Y LIBERTAD PERSONAL	258
1.3. <i>MEDIDAS COERCITIVAS PERSONALES</i>	258
1.3.1. APLICACIÓN DE MEDIDAS COERCITIVAS	259
2. DEFINICIÓN DE DETENCIÓN O PRISIÓN PREVENTIVA	260
2.1. <i>CLASES DE DETENCIONES</i>	266
3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA	267
4. LEGITIMIDAD DE LA DETENCIÓN O PRISIÓN PREVENTIVA JUDICIAL	268
5. FINALIDAD DE LA PRISIÓN O DETENCIÓN PREVENTIVA.	270
6. PROCEDENCIA DE LA PRISIÓN O DETENCIÓN PREVENTIVA JUDICIAL	274
6.1. <i>PRINCIPIOS DE LA PRISIÓN O DETENCIÓN PREVENTIVA</i>	275
6.2. <i>PRINCIPALES PRINCIPIOS QUE DEBEN TENERSE EN CUENTA</i>	276
6.3. <i>PRESUPUESTOS PARA DECRETAR MANDATO DE DETENCIÓN O PRISIÓN PREVENTIVA JUDICIAL DE ACUERDO A LA DOCTRINA</i>	300
6.4. <i>REQUISITOS PARA DECRETAR MANDATO DE DETENCIÓN DE ACUERDO AL ARTÍCULO 135 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 1991</i>	303
7. IMPUGNACIONES CONTRA LA DETENCIÓN PREVENTIVA JUDICIAL	419
8. LA DETENCIÓN O PRISIÓN PREVENTIVA JUDICIAL COMO PROBLEMA	422
8.1. <i>MEDIDAS DICTADAS POR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL RELACIONADAS CON LA PRISIÓN PREVENTIVA JUDICIAL</i>	423
9. PLAZO RAZONABLE DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA JUDICIAL	426
9.2. <i>PLAZO RAZONABLE DE LA DETENCIÓN O PRISIÓN PREVENTIVA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL</i>	391
9.3. <i>CRITERIOS PARA DETERMINAR EL PLAZO RAZONABLE</i>	393
9.4. <i>JURISPRUDENCIA SOBRE EL PLAZO RAZONABLE</i>	399
9.5. <i>PLAZO RAZONABLE EN CASO CONCRETO</i>	405

9.6. PLAZO RAZONABLE EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.	
327; <i>Error! Marcador no definido.</i>	
9.7. RAZONABILIDAD DE LA DURACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA	408
9.8. DETENCIÓN ARBITRARIA.....	331
9.9.-PROCESOS DE NAURALEZA COMPLEJA.....	334
9.10. DIFERENCIA ENTRE AMPLIACIÓN DEL PLAZO E INSTRUCCIÓN Y PROLONGACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA, RESPECTO A LA COMPLEJIDAD.....	335
9.11. <i>PROLONGACIÓN DEL PLAZO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA</i>	432
9.12. ÚLTIMAS EJECUTORIAS SUPREMAS SOBRE DISTINCIÓN ENTRE AMPLIACIÓN DE INSTRUCCIÓN Y PROLONGACIÓN DEL MANDATO DE DETENCIÓN EN PROCESOS COMPLEJOS.....	346
10. DUPLICIDAD AUTOMÁTICA ES INCONSTITUCIONAL.....	351
11. DURACIÓN DE LA DETENCIÓN DE ACUERDO AL ARTÍCULO 137 DEL C.P.P.....	355
CONCLUSIONES	444
RECOMENDACIONES	451
BIBLIOGRAFIA	453
ANEXOS.....	464

PRESENTACIÓN

Una de las principales normas protectoras a nivel Constitucional y Convenios Internacionales es la garantía de la presunción de inocencia, motivo por el cual se han dictado leyes a fin de enervar la tensión existente entre el interés estatal para asegurar la persecución penal y el principio de preponderancia de la libertad personal, a fin de garantizar la seguridad y dignidad de las personas, debido a que el derecho más vulnerado por la actividad represiva del Estado ha sido y será dicho derecho fundamental, que lleva a la privación o restricción de otros derechos; además, a una consecuente y lamentable estigmatización social y estatal de las personas que son denunciadas y procesadas, acrecentada en algunas oportunidades por la forma como los medios de comunicación dan publicidad a esta medida, que en muchas ocasiones se proyecta durante toda la vida del detenido preventivamente e inclusive sobre sus descendientes.

El hombre como ser humano es un ser histórico y está en una búsqueda permanente de ser libre dentro de la sociedad, actitud corroborada en el anhelo constante de que se le reconozca esta situación como un fin en si mismo. La negación a ella es considerada como una injusticia y para mantenerla es necesario que el hombre se defienda contra el poder del Estado, impidiendo o poniendo límites a sus intervenciones en la esfera propia de su vida individual o combatiendo toda infracción de la autoridad en el ejercicio de sus atribuciones, por lo que surgen como una garantía de protección, los derechos fundamentales a nivel nacional e internacional a su favor.

La libertad en sí, esto es, hacer lo que cada uno quiere es inalcanzable, ésta sólo puede existir como medio para lograr ciertos fines, pero en toda sociedad organizada existen limitaciones a ella, a fin de que se mantenga equilibradas las relaciones de los particulares entre sí; y éstos con el Estado para garantizar la seguridad, la paz social y el orden público, en cumplimiento de este objetivo muchas veces es necesaria la privación de libertad, razón por la cual se encuentra garantizado en nuestra Constitución y Convenios Internacionales mediante normas rectoras, así como también

en leyes penales y procesales para evitar detenciones arbitrarias, desde el momento en que cada día crece la incompatibilidad entre la vida en prisión (si es que se puede llamar vida) y el respeto a la dignidad humana. La cárcel es un lugar de aislamiento de las personas a quienes les imputan haber ejecutado un delito, ocasionando un daño; constituyendo como el depositario de las personas que no queremos ver, reconocerles existencia, ni presencia en la comunidad.

Todos estamos convencidos que el grado de civilidad de una país se mide, por el modo como son protegidos los derechos y la libertad de las personas en todas la esferas. En ese sentido, el derecho a la libertad personal, sin duda, es el aspecto central que ocupa la atención de los juristas de nuestros días, lo cual se aprecia a través de la reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional peruano y la Corte Suprema, referida a la protección de tales derechos con el propósito de garantizarla ante la arbitrariedad por parte de algunas autoridades judiciales, como sucede con el excesivo número de procesados que se encuentran en esta situación sin haber sido juzgados y sentenciados en primera instancia.

Es aceptado de modo unánime, que el Estado no puede tener la facultad ilimitada para privar de libertad a una persona salvo en algunas circunstancias, siempre y cuando se cumplan determinados requisitos o un conjunto de reglas razonables que no desnaturalicen el contenido del derecho y que estén de acuerdo con la dignidad del individuo previamente establecido en el ordenamiento jurídico. El Estado debe indicar, por medio de la ley, las circunstancias objetivas que estima indispensable y legítimas para poder privar al individuo de su libertad, debiendo primar el principio de legalidad; estas precisiones son de vital importancia y deben ser tomadas en cuenta por los Jueces al momento de resolver un caso concreto, decidiendo de acuerdo a lo descrito en el tipo penal y no en juicios valorativos propios, como sucede en muchas oportunidades en la administración de justicia.

Los alcances de la relación Ciudadano – Estado, se obtienen al determinar los límites de la intervención penal que sólo pueden ser logrados

merced al principio de legalidad – entre otros –; de tal manera, que comportamientos tolerables o potencialmente aceptables en las relaciones sociales que no signifiquen perjuicio de bienes jurídicos tutelados, así como, las condiciones históricas, sociales, culturales, políticas, de coyuntura e institucionales, pueden ser tomados en cuenta con relación al quantum y a los valores asignados al bien jurídico tutelado, porque a los ciudadanos no se les puede despojar de su libertad utilizando la amenaza penal y menos sancionado en virtud al sano sentimiento del pueblo, por ser una visión indeterminada y no admitida en el derecho penal.

Conocemos que uno de los ámbitos más conflictivos es afirmar la existencia de libertad y su vigencia debe estar sostenida por el Estado constitucional de derecho, por lo que, el objeto de esta investigación es tratar de establecer las principales causas que originan la injusta permanencia de los procesados en los centros penitenciarios antes referidos, sin haber sido juzgados en primera instancia, y que su detención preventiva más allá del tiempo razonable – sin poner fin a su estado de incertidumbre –, ha sido dictada, basada en una simple sospecha debido a que algunos jueces consideran: **“que primero se debe detener al imputado para recién empezar a investigar si se ha cometido el delito y si éste se encuentra vinculado como autor o partícipe”**, cuando debe ser todo lo contrario.

En Lima comprobamos que ante una denuncia formulada por el Fiscal, el encargado de resolver su situación jurídica es el “ Juez Penal Permanente” de turno durante 24 horas y su principal función la circunscribe en “calificar las denuncias” o sea solamente a dictar el auto apertorio de instrucción, limitándose muchas veces a decretar mandato de detención preventiva; y algunos casos es el secretario del juzgado quien le toma “sus generales de ley”, como inicio de su instructiva para dar cumplimiento a lo que señala nuestro ordenamiento procesal. Luego remite lo actuado a la mesa de partes única a fin de que se distribuya al juzgado encargado de reos en cárcel, dando lugar al inicio del drama de la gran mayoría de imputados que se encuentran internados en San Pedro – Lurigancho – y San Jorge al violarse la garantía constitucional del juez natural, legalidad, debido proceso y otras.

CAPÍTULO I

I.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Se ha elegido este tema con la finalidad de investigar si la privación de libertad dictada por el órgano jurisdiccional en contra de un imputado (inculpado) motivando su internamiento en las diversas cárceles de nuestro país, violándose los derechos fundamentales del detenido a raíz de las resoluciones dictadas por algunos jueces al decretar la detención preventiva judicial; situación de la que somos testigos como operadores del derecho en materia penal dando lugar a que se origine una grave inseguridad jurídica; máxime cuando no son juzgados ni sentenciados en primera instancia dentro de un plazo razonable, por lo que no podemos permanecer impasible ante estos hechos y permanecer indiferente ante lo que acontece día a día, porque callar esta situación – a mi criterio – significa que nos hacemos cómplice de ella, razón por la cual es necesario investigar este crucial problema, para tratar de llegar a conclusiones y recomendaciones, proponiendo alguna solución sobre este álgido problema. La decisión que hemos tomado se sustenta en la necesidad de investigar, sobre uno de los graves problemas que padece la administración de justicia en el ámbito penal, por ser una preocupación para quienes se involucran en este tema.

Consideramos que una de las causas que la originan y que sufre la gran mayoría de imputados que se encuentran privados de su libertad de manera preventiva se debe a la violación de los derechos fundamentales: como: el debido proceso, legalidad penal y procesal penal, presunción de inocencia, motivación, juez natural, etc. La pérdida de libertad de una persona en virtud de una resolución dictada por un juez en un proceso penal ha sido y será uno de los temas más cuestionados y polémicos del sistema penal, porque la “libertad es como la salud, sólo es reconocida y apreciada cuando se ha perdido ésta”. En nuestro país constituye uno de los problemas más difíciles y críticos de la administración de justicia penal; más aun, cuando existe un riguroso divorcio entre la realidad y la ley; una enorme distancia entre la ley y la práctica; un profundo abismo entre la norma y la verdad; al existir una

escasa posibilidad de protección de estos derechos por parte del Estado, porque en algunos casos no procede decretarla, lo que origina una gran preocupación en la comunidad jurídica.

Es un problema recurrente en nuestro país, pero lo más grave es que no se hace nada para solucionarlo, cuando iniciamos nuestro trabajo de investigación, hasta la actualidad, verificamos que lejos de disminuir el número de procesados sin sentencia, ha sido todo lo contrario, porque se ha ido incrementando en forma progresiva a pesar de que se conceden indultos, derecho de gracia y en varios disritos judiciales se aplica el NCPP – 2004, para disminuir el número de internos en todas las cárceles que existen en el Perú e inclusive a partir del año 2009 no se permite el ingreso de imputados o condenados en el Penal de San Pedro – Lurigancho, disponiéndose que los nuevos detenidos sean enviados a Cañete o Huaral, originando un retraso en los procesos penales, al tener que ser trasladados a Lima para una determinada diligencia y muchas veces no son conducidos oportunamente o simplemente no los traen.

El Poder Judicial es uno de los pilares de la democracia y como tal, le corresponde respetar los derechos fundamentales de la persona, además como operadores de justicia deben resolver los conflictos que son sometidos a su competencia en cada caso concreto, pero, en la actualidad nos formulamos esta interrogante: ¿podemos sostener que los derechos fundamentales de los procesados penalmente son respetados por los encargados de administrar justicia?, la respuesta la obtenemos de las autoridades del Poder Ejecutivo, Legislativo y corroboradas en parte por las del órgano Jurisdiccional al aceptar la existencia de un elevado porcentaje de procesados en todo el país se encuentra sufriendo detención preventiva judicial, al no haber sido juzgados ni sentenciados en primera instancia más allá del tiempo razonable, considerando que una gran mayoría se encuentra en esta situación porque sus derechos fundamentales han sido vulnerados.

Por ello, la presente investigación se realiza en los centros penitenciarios antes referidos, por albergar la mayor cantidad de internos del país en esa situación. a) La aplicación de la prisión preventiva y/o detención en el

antiguo sistema procesal penal (procesos sumarios y ordinarios) vulnera los derechos y garantías de los procesados: plazo razonable, presunción de inocencia, contradicción, inmediación, oralidad), pues no se contempla una audiencia para ejercitar el contradictorio y validar los elementos que sustentan el *daño* jurídico derivado del retraso del procedimiento.

Esta lamentable situación por la que atraviesan los procesados, también es un atentado contra los derechos fundamentales en su contra, los imputados que se encuentran sufriendo detención preventiva, lo que motiva que tenga que recurrir a actualizar los datos estadísticos, en lo que respecta a los informes que emite el INPE, respecto al número de internos que se encuentran en la situación de procesados y no de sentenciados, pues el trabajo lo había elaborado hasta el año 2006, motivo por el cual puedo afirmar el problema que ha motivado este trabajo investigador, sigue tan igual o peor que cuando empecé a trabajarlo. Según los datos estadísticos que proporciona el INPE, la situación por la que atraviesan los procesados a quienes para decretar la detención preventiva bajo el sustento del CPP de 1991, se refleja en el distrito judicial de Lima, al tener el número de internos procesados, es decir, sin sentencia en primera instancia, más del 70% de la población penal.

Para la protección a los derechos fundamentales, es necesario el empleo de mecanismos que tiendan a evitar restricciones a la libertad personal, para lo cual los jueces deben tipificar correctamente el hecho imputado adecuándolo en el respectivo artículo del Código Penal y de acuerdo a las normas procesales vigentes para su procedencia, en cada caso concreto, desde el auto apertorio de instrucción o el inicio de la investigación preparatoria (NCP – 2004) hasta el momento en que se dicta la sentencia. Algunas resoluciones dictadas por el órgano jurisdiccional genera una severa preocupación, porque los involucrados en un proceso penal recurren a dicho poder en búsqueda de su protección y tutela, percibiendo una frustración al suceder lo contrario, muchas veces, por una incorrecta interpretación de la ley penal o procesal. La reforma procesal penal en Perú se inició en el año 2006, con la vigencia progresiva del NCP – 2004. En la

actualidad, rige en 16 de los 29 distritos judiciales del país, allí encontramos mecanismos alternativos para acelerar los procesos, contribuyendo a la descarga procesal. Los fiscales son los únicos que deben solicitar la privación de libertad y el juez dispone una audiencia para decretarla lo que garantiza su dictado.

Con la finalidad de conseguir nuestro objetivo recurrimos a la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera de los diversos temas que abarcaremos en el marco teórico y que guardan una estrecha relación con el problema a investigar, así como, con las hipótesis planteadas; recurrimos a las estadísticas de los procesados que se encuentran internados con detención preventiva judicial en los Centros Penitenciarios de San Pedro (Lurigancho) y San Jorge, con el objeto de informarnos sobre el número de sentenciados y los que tienen la condición de inculcados, es decir, aquellos que no han sido juzgados ni sentenciados en primera instancia, contrastando los antecedentes para llegar a conclusiones. Además, como trabajo de campo realizaremos encuestas a internos y abogados, para conocer a criterio de ellos, que garantías constitucionales consideran han sido violados cuando se decreta detención preventiva.

Los presupuestos para dictar la detención preventiva se encuentran en el artículo 135° del CPP de 1991, el mismo que se decreta mediante resolución escrita a pedido del fiscal o de oficio, inclusive en el auto apertorio de instrucción o en cualquier etapa del proceso, porque con este Código no se encuentra vigente la figura de la confirmación o convalidación de la detención, porque en muchos casos la detención preventiva se verifica para ocultar detenciones ilegales o violaciones de las garantías y derechos fundamentales de los procesados perpetradas por la policía, fiscales y/o jueces. Es más, en los distritos judiciales donde no está vigente el NCPP – 2004, existen procesos penales que demoran hasta más de 10 años, por lo que existen imputados que están privados de su libertad sin sentencia más allá del tiempo razonable. Si bien las leyes que regulan la aplicación de la detención contribuyen a su abuso, también lo hace la práctica de algunos fiscales, en cuanto al incumplimiento de su deber de investigar

exhaustivamente y presentar debidamente un caso ante el juez. Las debilidades del Ministerio Público y del Poder Judicial (que en última instancia decide aplicar la detención) contribuyen al alto porcentaje de procesados sin sentencia reclusos en los establecimientos penitenciarios.

La historia nos demuestra la continua y permanente variación de las normas penales y procesales basadas en nuevas orientaciones políticas, sociales y coyunturales, repercutiendo sobre el espíritu y la estructura del proceso penal. Las ideologías políticas y las palabras ingeniosas en ninguna materia son tan peligrosas en el Derecho Penal y Procesal Penal, porque pueden servir como máscara a quienes detentan el poder político, bajo un simulado aparato jurídico, detrás del cual se ocultan los más dañosos abusos, reflejado en el incremento de penas, la ampliación de los plazos de instrucción y detención preventiva, el recorte de beneficios penitenciarios; si bien es cierto que estas leyes entran en vigencia al día siguiente de su promulgación, es necesario precisar que estas normas no deben ser aplicadas retroactivamente cuando perjudican al procesado.

En este trabajo, analizamos las posibles violaciones a los derechos fundamentales que incurren algunos representantes del Ministerio Público y jueces, tales como: el de legalidad, presunción de inocencia, debido proceso, motivación, juez natural, indubio pro reo. Para tal efecto, recurrimos a opiniones de diversos especialistas nacionales y extranjeros en cada uno de ellos y concordamos con ejecutorias dictadas por la Corte Interamericana y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional español y peruano, Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia del Perú, que sirven como último remedio para recurrir a este proceso constitucional, para que se de término a esta injusta detención; y, se debe recurrir a este proceso, ante la presencia o amenaza de un acto arbitrario por parte de cualquier autoridad, incluyendo la judicial, luego de acreditar que el proceso que dio lugar a la vulneración se convirtió en irregular y tiene la condición de firme o ejecutoriada, sobre todo, ante una detención preventiva judicial dictada arbitrariamente, así como la negativa a variar dicha medida.

I. 1.- JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

La presente investigación tiene una justificación para iniciarla, pero al final el resultado de la misma se podrá validar, fundamentar o modificar lo que pretendemos sostener, esto es, que la detención preventiva judicial dictada por los jueces penales en muchas oportunidades vulneran los derechos fundamentales de los procesados, pues servirá de una utilidad práctica y nos permitirá conocer los alcances que se trata de conseguir en este trabajo, para tal efecto, se recurrirá a los que sufren las consecuencias de esta medida restrictiva, a fin de que en su momento los actores de un proceso penal tomen conciencia de la situación en la que se encuentran los imputados de la comisión de un delito y que son privados de su libertad personal de manera preventiva.

En un país en el cual nuestra realidad socio – jurídica nos demuestra una actitud de indolencia o la negación de los derechos humanos – reconocidos expresamente en la Constitución y Tratados Internacionales –, por algunos integrantes del órgano jurisdiccional, tal como comprobamos con la evidente existencia de un excesivo número de procesados con detención o prisión preventiva judicial en espera de ser juzgados y sentenciados en primera instancia, los cuales según cifras estimadas por el Ministerio de Justicia y Poder Judicial es más del 70 % de la población carcelaria en todo el Perú; es así como, los operadores del derecho, especialmente los abogados nos encontramos sumamente preocupados, porque este porcentaje durante diversas supuestas “reformas judiciales” no ha logrado ser revertido, sino todo lo contrario, consideramos que la cifra se ha incrementado.

Frente a esta situación, es necesario establecer si una de las principales causas generadoras de esta problemática tiene su origen en las resoluciones dictadas por los jueces penales en nuestra capital – llamados permanentes –, quienes decretan mandato de detención preventiva judicial de un imputado al dictar el auto apertorio instrucción o en el curso del proceso penal. Cabe hacer la precisión que tratándose de decisiones humanas verificadas por los jueces penales, algunas de ellas son incoherentes con la normatividad vigente e incluso contrarias al derecho, lo

que agudiza más el retardo de los procesos penales debido a la consecuente violación de las garantías constitucionales de los procesados.

Llevamos a cabo esta investigación con la finalidad de demostrar que en los procesos que se sigue a los internos del penal Reos Primarios – San Jorge – y San Pedro (Lurigancho), y el exceso de tiempo que permanecen con mandato de detención preventiva sin haber sido juzgados, origina que se violen sus derechos fundamentales; por lo que es necesario tratar de explicar si unas de las principales causas que ocasionan el retardo y congestionamiento en la tramitación de los procesos penales se debe a dicha medida coercitiva; además, de dilatar resolver su situación jurídica, máxime cuando en algunos casos es arbitraria por su improcedencia y a ello se agrega que la privación de libertad se prolonga durante varios años.

La problemática expuesta se puede expresar de la siguiente manera:

¿Existen violaciones a los Derechos Fundamentales de los procesados que se encuentran internos en los Centros Penitenciarios de Reos Primarios – San Jorge – y San Pedro – Lurigancho – de la ciudad de Lima, originadas por los jueces penales al decretar su detención preventiva judicial y por el exceso de permanencia de esta medida?

Lo que abunda para tomar esta determinación de llevar adelante este trabajo investigador, es la indolencia, no solamente de parte del órgano jurisdiccional, Ministerio Público, sino también del Poder Ejecutivo y Legislativo, sobre todo cuando el penal de San Pedro de Lurigancho fue construido para albergar a por lo menos 1, 200 internos y se ha llegado al extremo de haber dado cabida a más de 12, 000, lo que es inhumano e inaceptable que en un estado que se jacta de democrático se llegue a este extremo; y por otro lado, el Poder Legislativo se limita a aprobar leyes penales incrementando penas, sin mayor sustento o procesales con la única finalidad de prolongar los plazos de los procesos penales o la privación de libertad, como analizaremos más adelante, se presentan una serie de factores que atentan contra la libertad de las personas violando derechos fundamentales de quienes se encuentran procesados.

I. 2.- OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN

I. 2. 1.- OBJETIVO GENERAL.

Determinar, describir y explicar la relación de la existencia de violaciones de los derechos fundamentales de los internos en los Centros Penitenciarios de Reos Primarios – San Jorge – y San Pedro – Lurigancho –, a raíz de las resoluciones dictadas por los jueces penales, ya sea al inicio o durante el proceso penal, al disponer la privación de libertad del imputado y de acuerdo a diversas ejecutorias comprobaremos que tanto las dictadas por el Tribunal Constitucional, como las del órgano jurisdiccional no han sido uniformes, pues han sido modificadas de acuerdo a los delitos y las personas procesadas, las circunstancias o situaciones coyunturales, políticas o sociales.

I. 2. 2. OBJETIVO ESPECÍFICO.

a).- Analizar resoluciones judiciales dictadas por jueces penales permanentes que contienen mandato de detención preventiva judicial, que atentan contra los derechos humanos tutelados por la Constitución Política o normas procesales vigentes.

b).- Analizar las motivaciones que determinaron el contenido de algunas resoluciones judiciales con mandato de detención preventiva judicial, para tal efecto, recurriremos a diversas ejecutorias que se han dictado al respecto y corroboran nuestra pretensión.

c).- Establecer que derechos fundamentales de la persona se han violado con las resoluciones judiciales que decretan el mandato de detención preventiva judicial.

d).- Determinar y analizar la relación entre la detención preventiva de los procesados y su juzgamiento dentro del tiempo razonable, ue lamentablemente, no es tomado en cuenta por las autoridades judiciales.

e).- Proponer medidas orientadas a evitar que los procesados sigan detenidos más allá de lo razonable y evitar que se sigan violando otros derechos constitucionales

I. 3.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Se ha efectuado una indagación de algún trabajo preexistente o de uno similar en varias bibliotecas de las universidades de la capital y no se ha encontrado alguna investigación sobre el particular. Lo que se ha verificado es la existencia de algunos artículos en revistas especializadas de Derecho que guardan relación con este problema y que utilizaremos para conseguir los objetivos que perseguimos, para determinar las posibles causas, en base al análisis de algunas resoluciones que se dictan, estadísticas y encuestas sobre los operadores judiciales relacionado con lo investigado; y, que pese a ser reconocido por las autoridades, desde hace años no se trata de solucionar este álgido problema.

I. 4.- MARCO TEÓRICO.

Para este trabajo de investigación se recurre a connotados autores de Derecho Procesal Penal que lo han tratado en diversas obras, así como también artículos, comentarios y entrevistas publicados en diversos medios de comunicación, revistas especializadas, sobre temas que guardan relación con el problema investigado; asimismo, se tomará en cuenta sentencias o resoluciones dictadas sobre este particular, tales como: de la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional peruano y español, Corte Suprema del Perú, quienes de una u otra manera, se refieren desde diversas perspectivas, al problema estudiado. Tales como, las garantías constitucionales que guardan estrecha relación con el proceso penal y sobre todo con la privación de libertad de un procesado a fin de que en su momento sirva de sustento para las conclusiones y recomendaciones a las que podamos llegar al término de este trabajo investigador. El desarrollo del marco teórico se ha sistematizado en un capítulo dentro de la presente investigación a fin que en su oportunidad pueda constituir un referente académico para otros investigadores.

I. 5. HIPÓTESIS

Las Resoluciones Judiciales que decretaron el mandato de detención preventiva y el exceso de permanencia de la misma, de los internos de los Establecimientos Penitenciarios de Reos Primarios – San Jorge – y San Pedro – Lurigancho –, han vulnerado los derechos fundamentales del procesado.

I. 6.- VARIABLES

I. 6. 1.- INDEPENDIENTES

- a).- Las Resoluciones Judiciales que decretan mandato de detención preventiva.
- b).- El tiempo que dura el mandato de detención preventiva de los procesados en espera de juzgamiento.
- c).- Las normas que tutelan los Derechos fundamentales de la persona
- d).- Los criterios de los jueces penales para decretar el mandato de detención preventiva al dictar el auto apertorio de instrucción o en el curso del proceso.

I. 6. 2.- DEPENDIENTES.

- a).- Normas penales y procesales que han sido modificados en los 10 últimos años que vulneran garantías constitucionales, por su incoherencia y contradicción con el Título Preliminar del Código Penal o Código Procesal Penal.
- b).- Existencia de jueces permanentes por el lapso de 24 horas en la ciudad de Lima, que viola la garantía del Juez natural y sobre todo, cuando no fundamentan correctamente su resolución, como constitucionalmente están obligados, máxime si se trata de una privación de libertad.
- c).- Existencia de jueces penales provisionales, carentes o falta de criterio jurídico y lógico, para decretar esta medida restrictiva.
- d).- Retraso en la administración de justicia de los procesos penales.
- e).- Congestionamiento en los despachos judiciales.

f).- La no implementación del capítulo de las medidas coercitivas del NCPP, como estuvo previsto y que debió entrar en vigencia el 01 de febrero de 2006, en todo el país.

g).- Inobservancia de los tres requisitos previstos en el artículo 135° del Código Procesal Penal 1991 – vigente en Lima –, por parte de los jueces, al decretar esta medida coercitiva.

h) La aplicación del NCPP 2004 en siete distritos judiciales, sobre la prisión preventiva, se demuestra la disminución de detenidos.

I. 7.- TAMAÑO DE LA MUESTRA

El Universo de la presente investigación es los mandatos de detención preventiva judicial de los internos en los Establecimientos Penitenciarios de Reos Primarios -San Jorge- y San Pedro- Lurigancho-.

Nuestro marco de muestra está determinado por 85 procesados internos, así como 85 abogados defensores de los procesados en los referidos centros penales; de los cuales 42 corresponden al penal de San Pedro – Lurigancho, y 43 al penal de Reos Primarios – San Jorge –. Tomando como referencia la población penal en los referidos penales al mes de enero del año 2006, que era de 8,405 presos; y en la actualidad no superan los 10,000 en San Pedro y 858 presos en San Jorge, de los cuales en el primero solamente se habían juzgado el 16%, o sea que el 84% tenían la condición de procesados con detención o prisión preventiva; mientras que en el segundo se habían juzgados al 13% y tenían la condición de procesados el 87%; porcentaje sumamente elevado y que se requiere una pronta solución, porque es inadmisibles que exista este número de internos sin haber sido sentenciados, pese a la existencia de medidas procesales para acelerar los juicios.

Teniendo en cuenta que por razones laborales, esta investigación se ha prolongado, más allá de un tiempo razonable, tenemos que este porcentaje no ha disminuido, pese a las medidas drásticas que han tenido que dictar las autoridades penitenciarias, debido al ostensible hacinamiento humano en estos centros, al sobrepasar la capacidad para albergar a más internos, en

aproximadamente 10 veces, de lo que motivó su construcción, impidiendo que nuevos internos con mandato de detención preventiva judicial decretadas por jueces penales de Lima, sean enviados a dichos centros, teniendo que ser remitidos a los penales de Huaral y Cañete, lo que incrementa el problema para llevar adelante la investigación y juzgamiento, en lo que respecta a su traslado a los juzgados para diligencias, como instructivas, confrontaciones, originado un evidente retardo en la administración de justicia en el ámbito penal.

I. 8.- CONTRASTACIÓN

Nuestra hipótesis ha sido contrastada con el trabajo de campo en el cual se ha efectuado encuestas y entrevistas al 5% de la población penal y se ha elaborado cuadros estadísticos sobre la base de la información recolectada de los diferentes Abogados de internos y de los procesados internos en los establecimientos penitenciarios de San Jorge y San Pedro. Así como también con las estadísticas del INPE; algunas ejecutorias dictadas por el Tribunal Constitucional y el órgano jurisdiccional, que son uniformes en cuanto a la concurrencia conjunta de los presupuestos que se deben tener en cuenta para decretar la detención o prisión preventiva, ya sea en la etapa de la instrucción, la investigación preliminar o preparatoria de acuerdo al nuevo Código Procesal Penal- 2004, pero si no lo ha sido en lo que respecta al plazo razonable de dicha medida restrictiva en los que ha primado cuestiones coyunturales.

También dada la demora en sustentar esta tesis, hemos tenido la oportunidad de analizar un trabajo elaborado por el “Centro de Estudios las Américas” – CEJA - en siete distritos sobre la aplicación de la prisión preventiva, desde diversos ángulos, donde se viene implementado el Código Procesal Penal 2004; y, se comprueba que esta medida solamente se decreta luego de una audiencia con la intervención de todos los sujetos procesales, respetando el debido proceso al tomar en cuenta que su aplicación es la no violación de los derechos fundamentales y que deben concurrir de manera conjunta los presupuestos señalados.

TABLA N° 1**Población Penal del E. P. de Régimen Cerrado Ordinario Lurigancho y E. P. Procesados Primarios de Lima¹**

ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO	PROCESADOS		SENTENCIADOS		TOTAL
E.P.R.C.O. Lurigancho	7,073	84.15%	1,332	15.85%	8, 405
E.P.P.P. Lima (San Jorge)	747	87.06%	111	12.94%	858

En este cuadro podemos apreciar que en San Pedro (Lurigancho) el 84% de los internos tienen la condición de procesados, es decir, se encuentran pendientes de ser juzgados y sentenciados debidamente. Una cifra similar la encontramos en el Penal San Jorge, con un 87% de imputados en igual condición, en el año 2006.

El presente estudio ha considerado tomar como muestra el 5% de cada uno de los penales, esto es, 43 internos del E.P. San Pedro (Lurigancho) y 42 del E. P. Lima (San Jorge), en el caso de abogados que patrocinan a estos internos se ha escogido igual número en cada penal. Cabe señalar, que la elección de los abogados defensores encuestados en este trabajo, éstos han sido escogidos aleatoriamente, es decir los letrados no son los mismos que patrocinan las causas de los internos encuestados.

Debe señalarse que el penal de San Pedro (Lurigancho) fue construido para albergar como máximo a 1,200 internos, de tal manera, si sólo permanecieran los internos que actualmente se encuentran sentenciados, dicho establecimiento se tendría adecuadamente ocupado y no existiría la sobrepoblación que existe en la actualidad, originada por la sobre carga procesal en los diversos juzgados y salas penales con reos en cárcel, que muchas veces tienen su origen con la detención preventiva judicial por jueces penales violando los derechos fundamentales, como el debido proceso, legalidad procesal, presunción de inocencia, etc.

¹ Fuente: Oficina Estadística del Instituto Nacional Penitenciario, Enero 2006.

TABLA Nº 2**Población Penal del E. P. R. C. O. Lurigancho y
del E. P. Procesados Primarios de Lima****Periodo Enero – Octubre del 2006²**

EST. PENAL	Ene.	Feb.	Mar.	Abr.	May.	Jun.	Jul.	Ago.	Set.	Oct.
E.P.R.C.O. Lurigancho	8,405	8,529	8,631	8,714	8,406	8,698	8,804	8,905	8,957	9,008
E.P.P.Lima (San Jorge)	858	886	892	904	936	1,004	974	958	965	974

Como se puede apreciar, en los datos expuestos sobre la evolución de la población penal durante los últimos meses se va en incrementando, agravando la problemática de hacinamiento; el establecimiento penitenciario de Lurigancho ha sido diseñado para albergar 1,200 internos, a octubre la población penal de este penal asciende a 9,008 personas, esto evidencia un alto índice de hacinamiento que alcanza a 600% (seiscientos por ciento). Por ejemplo en un pabellón construido para 150 personas a junio del 2006 alojaban a más de 700 personas.

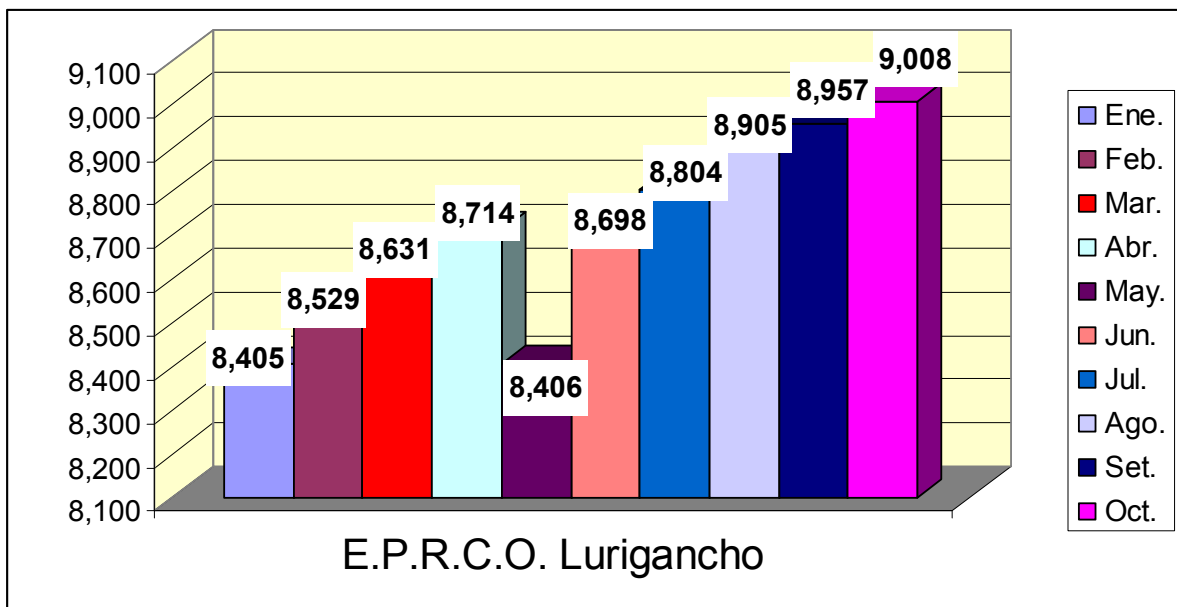
La excesiva cantidad de internos no permite un adecuado control y orden, asimismo, facilita las condiciones para perpetrar delitos dentro del penal como violaciones, atentados contra la integridad física, sexual y patrimonio de las personas.

A ello debe agregarse la problemática que genera sobre la seguridad de las personas, tanto dentro del penal como en los exteriores, toda vez que el promedio de visitas por días fluctúa entre 5,000 a 8,000 personas, esto hace que, aproximadamente 14,000 personas (entre internos y visitas) se encuentren concentradas en este penal, lo cual en un eventual sismo o incendio, estaríamos frente a una gran tragedia, sobre todo los fines de cada mes cuando concurren niños (hijos) de quienes se encuentran internados en este centro penitenciario.

² Fuente: Oficina Estadística del Instituto Nacional Penitenciario, periodo Enero – Octubre del 2006.

GRÁFICO N ° 1

**Población Penal del E. P. R. C. O. Lurigancho y
del E. P. P. Primarios de Lima
Periodo Enero – Octubre del 2006**



Como se verifica en este cuadro, respecto a los internos que han ingresado al Centro Penitenciario de San Pedro – Lurigancho, el crecimiento mensual es geométrico, a excepción en el mes de mayo, arrojando un promedio anual de más de 600 procesados, para lo cual es necesario que se tenga en cuenta los que egresan por diversos motivos – libertades, variaciones de medidas de detención por comparecencia, etc. –.

Asimismo, tal como lo hemos expuesto anteriormente, el principal problema que presenta este penal es nada menos que el hacinamiento, para lo cual es importante la medida que ha tomado el INPE, como el no de permitir más ingresos, porque es imposible que se albergue a más personas cuando la población carcelaria existente, es mucho mayor que la capacidad poblacional para lo cual fue construido.

TABLA N° 3

Cuadro Demostrativo de Efectivos Policiales en los últimos 05 años y que están asignados al Establecimiento Penitenciario de LURIGANCHO³

	Oficiales PNP	Suboficiales PNP	Especialista PNP	Total de personal PNP
AÑO 2000	15	170	07	192
AÑO 2001	10	164	07	181
AÑO 2002	08	130	05	143
AÑO 2003	12	110	06	128
AÑO 2004	08	105	08	121
AÑO 2005	13	152	08	173

De estos datos se evidencia que los policías destinados a custodiar a los internos y mantener el orden dentro de los penales no es el adecuado. Para una población actual de 9000 internos, 165 policías no podrían controlar, más aún cuando de todos policías no trabajan diariamente.

El personal se divide en dos compañías conformadas por 37 policías (03 oficiales y 34 suboficiales)⁴, es decir operativamente son 74 policías para controlar 9,000 internos esto hace que estadísticamente por cada efectivo policial exista 1220 internos.

Esta situación aunada a la problemática de sobrepoblación, hacinamiento, alta agresividad del interno y el deterioro de la infraestructura penal, constituyen un alto riesgo para que se presenten motines, fugas, reyertas, incluso rescates que atentan contra la seguridad de nuestra sociedad. Colateralmente se presenta la problemática de salud, tanto para los custodios como de los internos, toda vez que se encuentran expuestos a adquirir enfermedades infectocontagiosas como la tuberculosis, SIDA, hepatitis, sífilis entre otras, originados por las promiscuidad, falta de higiene, agua, alimentación, etc, dando lugar que ello se incremente día a día, sin realizar acción alguna para evitar este crecimiento.

³ Fuente: Dirección de E.P.R.C.O. - Lurigancho

⁴ Apreciación de Situación del E.P.R.C.O.-Lurigancho, elaborado por DIRSEPEN-PNP, noviembre del 2005

**ENCUESTA DIRIGIDA A ABOGADOS DEFENSORES DE
PROCESADOS INTERNOS EN LOS ESTABLECIMIENTOS
PENITENCIARIOS DE LURIGANCHO Y SAN JORGE**

TABLA N ° 4

**¿Cuánto tiempo está interno su patrocinado sin ser debidamente sentenciado?
LURIGANCHO**

	CANTIDAD	PORCENTAJE
Menos de 03 años	30	69.77%
De 03 a 06 años	10	23.26%
Más de 06 años	3	6.98%
TOTAL	43	100.00%

TABLA N ° 5

**¿Cuánto tiempo está interno su patrocinado sin ser debidamente sentenciado?
SAN JORGE**

	CANTIDAD	PORCENTAJE
Menos de 03 años	14	33.33%
De 03 a 06 años	22	52.38%
Más de 06 años	6	14.29%
TOTAL	42	100.00%

Tal como observamos en estos cuadros de acuerdo a las encuestas a la que han sometidos abogados que ejercen la defensa en materia penal, verificamos que en el penal de Lurigancho el número de internos que tiene menos de 3 años sin ser sentenciados es muy alto; y, lógicamente el porcentaje de sus patrocinados que tienen de 3 a 6 años sin haber sido sentenciados en primera instancia, no deja ser preocupante. En tanto, que en el penal de San Jorge, es a la inversa, es decir, que el número de procesados que tienen más de 3 y menos de 6 años, supera el 50 %; y menos de 3 años el porcentaje es mucho menor.

TABLA N ° 6

**¿Cuál es la principal causa por la que no ha sido sentenciado?
LURIGANCHO**

	CANTIDAD	PORCENTAJE
Variación o cambio del Magistrado que tramitaba la causa	4	9.30%
El Magistrado no actúa debidamente los medios probatorios.	31	72.09%
Se vulneró los principales principios procesales	8	18.60%
TOTAL	43	100.00%

TABLA N ° 7

**¿Cuál es la principal causa por la que no ha sido sentenciado?
SAN JORGE**

	CANTIDAD	PORCENTAJE
Variación o cambio del Magistrado que tramitaba la causa	2	4.76%
El Magistrado no actúa debidamente los medios probatorios.	33	78.57%
Se vulneró los principales principios procesales	7	16.67%
TOTAL	42	100.00%

En esta encuesta llevada a cabo en ambos penales se establece que el mayor porcentaje por las cuales el imputado no ha sido objeto de una sentencia en primera instancia, es por la falta de actuación de los medios probatorios, que ofrecen los sujetos procesales y porque al momento de decretarse la medida restrictiva de detención preventiva se han vulnerado sus derechos fundamentales; es decir, verificamos que existe una dilación judicial desde el momento en que el juzgado encargado de dirigir la instrucción, para lo cual debe actuar las pruebas ofrecidas, a fin de establecer la comisión del delito, sus móviles y circunstancias como se ha perpetrado el hecho punible y la vinculación del autor y partícipes, la responsabilidad en gran parte se debe al órgano jurisdiccional por la demora en la actividad probatoria.

TABLA N° 8

El mandato de detención ¿estuvo debidamente motivado?

LURIGANCHO

	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	17	39.53%
NO	26	60.47%
TOTAL	43	100.00%

TABLA N° 9

El mandato de detención ¿estuvo debidamente motivado?

SAN JORGE

	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	12	28.57%
NO	30	71.43%
TOTAL	42	100.00%

En este caso, comprobamos que una gran mayoría de abogados encuestados, en el caso de los internos en Lurigancho supera el 60% y en San Jorge más del 70 %, coinciden en sostener que las resoluciones dictadas por los jueces penales no han estado debidamente fundamentados, que es justamente, lo que sostenemos, respecto a la vulneración del derecho fundamental del debido proceso; y, lo que es recurrente, por parte de jueces que decretan detención preventiva, no toman en consideración la concurrencia de manera conjunta de los tres requisitos que señala en forma expresa la norma procesal (artículo 135 del CPP – 1991) y que ha sido reconocido por la Corte Suprema y Tribunal Constitucional, que ante la falta de uno de ellos no procede decretarla y al hacerlo se incurre en una detención arbitraria, al violar lo previsto en la norma procesal que de manera expresa señala que para privar de libertad a un procesado los tres presupuestos deben concurrir de manera conjunta.

TABLA N° 10

¿Apeló a la resolución que decretó el mandato de detención?

LURIGANCHO

	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	27	62.79%
NO	16	37.21%
TOTAL	43	100.00%

TABLA N° 11

¿Apeló a la resolución que decretó el mandato de detención?

SAN JORGE

	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	25	59.52%
NO	17	40.48%
TOTAL	42	100.00%

La Constitución señala como una garantía constitucional que toda persona que se sienta agraviada por una resolución dictada por el órgano jurisdiccional, tiene todo el derecho de impugnarla a fin de que ésta sea revisada por la instancia superior y llegado el caso, varíe la detención por comparecencia, teniendo en cuenta – por ser algo recurrente –, que al decretarse la detención muchas veces solamente han considerado la gravedad del delito y su correspondiente pena, cuando en la misma ley procesal, se precisa que para privar de libertad a un imputado, no se debe tener en cuenta la gravedad de la pena sino sobre todo el peligro procesal de fuga u obstaculización para el esclarecimiento de los hechos.

TABLA N° 12

¿Al decretarse el mandato de detención se violó el principio de legalidad?

LURIGANCHO

	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	27	62.79%
NO	16	37.21%
TOTAL	43	100.00%

TABLA N° 13

¿Al decretarse el mandato de detención se violó el principio de legalidad?

SAN JORGE

	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	32	76.19%
NO	10	23.81%
TOTAL	42	100.00%

Respecto a la violación del principio de legalidad, en las encuestas que se han llevado a cabo en ambos centros penitenciarios se tiene que el porcentaje de los encuestados es bastante alto, al sostener que para decretar la detención preventiva se ha violado dicho derecho fundamental, en algunos casos verificando una interpretación extensiva del tipo penal, con la única finalidad de pretender justificar el dictado de la medida restrictiva o en otros casos para aceptar la presión que ejercen los medios de comunicación en forma mediática, ante un hecho que concita la atención pública; y, más aún, si trata de un hecho punible que motiva una reacción adversa en la sociedad, pese a la inexistencia de pruebas, que vinculen al imputado con el delito.

TABLA N° 14

¿Al decretarse la detención preventiva al dictar el auto apertorio de instrucción se violaron derechos fundamentales?

LURIGANCHO

	CANTIDAD	PORCENTAJE
debido proceso	24	55.81%
inconcurrencia de los tres requisitos en forma conjunta previstos el art.135° del C.P.P.	19	44.19%
TOTAL	43	100.00%

TABLA N° 15

¿Al decretarse la detención preventiva al dictar el auto apertorio de instrucción se violaron derechos fundamentales?

SAN JORGE

	CANTIDAD	PORCENTAJE
Debido proceso	27	64.29%
inconcurrencia de los tres requisitos en forma conjunta previstos el art.135° del C.P.P.	15	35.71%
TOTAL	42	100.00%

En este caso, tenemos que los encuestados en ambos penales han sostenido que cuando se dicta el auto apertorio de instrucción, en una gran mayoría sostiene que se violó el debido proceso y que no se tuvo en cuenta la concurrencia de manera conjunta de los tres requisitos previstos en el artículo 135 del CPP – 1991, lo que significa que se violaron el derecho fundamental antes mencionado, en una gran mayoría de procesados al dictarse el mandato de detención preventiva en el auto apertorio de instrucción, lo que significa que se priva de libertad al imputado quebrantando la norma procesal.

TABLA N° 16

**Encuesta del Instituto de Opinión Pública de la
Pontificia Universidad Católica del Perú⁵**

¿CREE UD. QUE, AL APLICAR LAS LEYES, LOS JUECES DAN EL MISMO TRATO A TODOS O HACEN DIFERENCIA SEGÚN DE QUIEN SE TRATE?	CANTIDAD
Hacen diferencias según se trate	94 %
Dan el mismo trato a todos	4 %
No sabe / No responde	2 %
TOTAL	100 %

En este punto que ha sido materia de encuesta se desprende na situación muy preocupante, respecto a que el 94% considera que los jueces al aplicar las leyes penales, lo hacen verificando un trato discriminatorio de acuerdo a las personas que se encuentran sometidas a un proceso penal, situación que también lo resaltan en las encuestas de opinión, senación que no es admisible. Igualmente, en el cuadro siguiente, referido a que la administración de justicia permanece igual a lo que sucedía hace 5 años.

TABLA N° 17

**Encuesta del Instituto de Opinión Pública de la
Pontificia Universidad Católica del Perú⁶**

¿EN COMPARACIÓN CON HACE 5 AÑOS, UD. DIRÍA QUE EL SISTEMA JUDICIAL PERUANO ESTÁ...?	CANTIDAD
Mucho mejor	1 %
Algo mejor	17 %
Permanece igual	57 %
Algo peor	14%
Mucho peor	7%
No sabe / No responde	5 %
TOTAL	100 %

⁵ Encuesta realizada por el Instituto de Opinión Pública de la PUCE entre el 3 y el 5 de noviembre del 2006 (Muestra: 565 personas, Nivel de Confianza: 95.88%).

⁶ Encuesta realizada por el Instituto de Opinión Pública de la PUCE entre el 3 y el 5 de noviembre del 2006 (Muestra: 565 personas, Nivel de Confianza: 95.88%).

TABLA N° 18

**Encuesta del Instituto de Opinión Pública de la
Pontificia Universidad Católica del Perú⁷**

¿EN GENERAL, DIRÍA UD. QUE LOS JUECES PERUANOS SON INDEPENDIENTES DEL PODER POLÍTICO?	CANTIDAD
Si	27 %
No	67 %
No sabe / No responde	6 %
TOTAL	100 %

En encuestas de opinión, verificamos que una gran mayoría sostiene que los jueces no gozan de independencia jurisdiccional, pues dependen del poder político y económico; el porcentaje al respecto es considerable, máxime cuando cualquier persona que tenga un problema judicial – civil o penal –, considere que los jueces tienen que administrar justicia en base a las consignas políticas del gobierno de turno o que la solución a su proceso depende del dinero que tenga cada sujeto procesal; y, justamente es que la opinión pública sostenga que este poder del Estado, es uno de los más corruptos, inclusive mucho más que el Poder Ejecutivo y Legislativo como es de verse en las encuestas en los últimos años, que ya no confían en la administración de justicia.

TABLA N° 19

**Encuesta del Instituto de Opinión Pública de la
Pontificia Universidad Católica del Perú⁸**

¿EN GENERAL, DIRÍA UD. QUE LOS JUECES PERUANOS SON INDEPENDIENTES DEL PODER ECONÓMICO?	CANTIDAD
Si	27 %
No	68 %
No sabe / No responde	5 %
TOTAL	100 %

⁷ Encuesta realizada por el Instituto de Opinión Pública de la PUCE entre el 3 y el 5 de noviembre del 2006 (Muestra: 565 personas, Nivel de Confianza: 95.88%).

⁸ Encuesta realizada por el Instituto de Opinión Pública de la PUC entre el 3 y el 5 de noviembre del 2006 (Muestra: 565 personas, Nivel de Confianza: 95.88%).

Verificar la versión impresa

I. 9.- MÉTODO Y TÉCNICAS.

El presente estudio utilizará el método descriptivo-causal.

Las técnicas a los cuales se recurrirá para la elaboración de este trabajo, tienen como sustento el análisis de estadísticas publicadas por las oficinas administrativas del INPE, sobre los internos en los Penales San Jorge y San Pedro (Lurigancho) que se encuentran detenidos preventivamente, por disposición de Juzgados y Salas Penales del Distrito Judicial de Lima, sin haber sido juzgados y sentenciados en primera instancia, a fin de establecer que porcentaje tienen la condición de imputados y de sentenciados; una encuesta a los Internos y abogados defensores de los referidos penales.

Teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde que inicié el trabajo de investigación, considero que es indispensable que aborde los posibles resultados de la aplicación del NCPP – 2004 en 7 distritos judiciales donde se encuentra vigente y que ha sido materia de un trabajo de investigación por el “Centro de Estudios de Justicia de las Las Américas” – CEJA –, sobre todo lo relacionado con la prisión preventiva, tanto en lo que respecta a quien lo solicita, como se lleva cabo – mediante una audiencia –, el porcentaje de detenidos entre los imputados contra quienes se solicita la privación de libertad, los fundamentos que esgrimen cada uno de los sujetos procesales de acuerdo a su posición y el margen de aceptación por el Juez, que nos sirve para comparar con lo que viene sucediendo con esta medida.

Leticia Lorenzo Coordinadora de Estudios **Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)**, quien a la presentación del trabajo de investigación que verificó dicha entidad: “Prisión preventiva en el Perú. Estudio de 112 audiencias en 7 distritos judiciales, de Huaura, La Libertad, Arequipa, Cusco, Lambayeque, Piura y Tacna; verificado en 2010, sostuvo:

“En el año 2008 el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), asumió como parte de sus objetivos de investigación y estudio, el desarrollo de reportes nacionales y comparados sobre los cambios operados en el uso de la prisión preventiva, a partir de la implementación de las reformas procesales penales en la región. En noviembre de 2009 un grupo de capacitadores, egresados del Programa Interamericano del CEJA, tuvo la iniciativa de asumir la realización de un estudio sobre el uso de la prisión

preventiva, que toma como base un número importante de distritos donde la reforma está vigente. Adicionalmente, el equipo ha coordinado la presentación pública y utilización de la información generada con instituciones de Perú, involucradas en la temática; de forma tal que este documento sirva de aporte para profundizar en el proceso de implementación de la reforma procesal penal, en un área tan sensible como lo es el uso de la prisión preventiva.

Desde CEJA, hemos tenido la oportunidad de dar seguimiento a todo el proceso y conocer los resultados de la investigación realizada. En términos generales, consideramos como altamente positivo el resultado que arroja el producto final, no sólo porque denota un cambio real en las practicas del sistema para la solicitud y aplicación de la prisión preventiva, sino porque la observación de audiencias – elemento fundamental para la realización de este estudio – ha permitido un análisis bastante acabado de la realidad de los distritos judiciales observados, tanto en lo que hace a la actitud de los distintos operadores del sistema de justicia penal, como en cuanto a los resultados que las audiencias arrojan. La lógica de la tramitación documentaria y de la excesiva burocracia que, históricamente, han caracterizado a nuestros aparatos estatales, abarcan también la forma como se solicita y se decide la prisión preventiva.

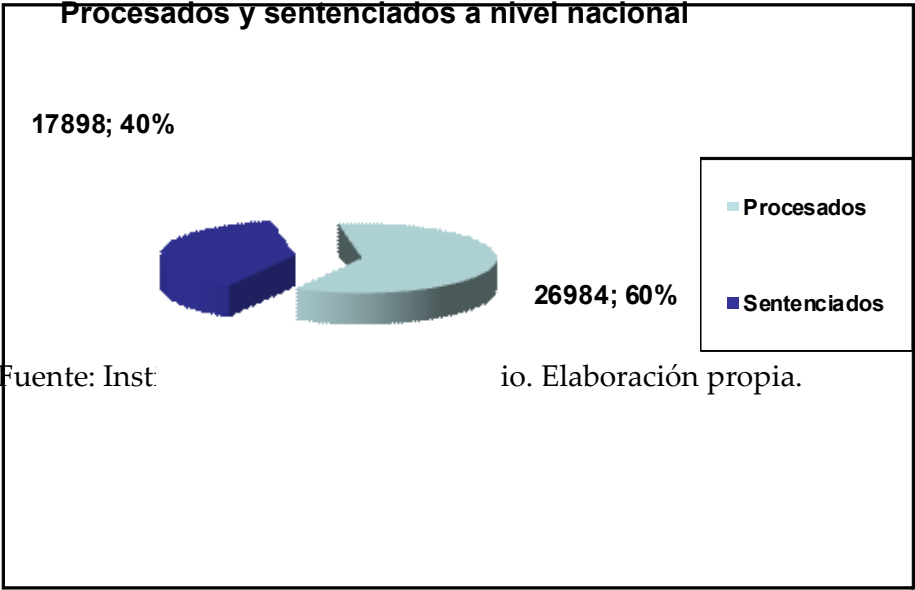
Estadísticas que reflejan la prisión preventiva en el sistema penitenciario

En este acápite, para demostrar el impacto de la prisión preventiva en la realidad carcelaria, hemos utilizado como fuente las estadísticas del Instituto Nacional Penitenciario (INPE). Las estadísticas han sido obtenidas del portal electrónico del INPE: <http://www.inpe.gob.pe/index.php> y constituyen datos oficiales a mayo de 2010.

En el gráfico 1 observamos el número y porcentaje de los sentenciados y procesados a nivel nacional. Según se aprecia, el número de internos procesados es mayor al de internos sentenciados en 20%. En el siguiente gráfico observamos que la Oficina Regional Lima-Lima del INPE, tiene el mayor porcentaje de internos procesados, que equivale al 63% a nivel nacional. El 37% restante estaría dividido, según la cantidad, en el siguiente

orden: Oficina Regional Norte Chiclayo 2876 (22.6%), Oficina Regional Centro Huancayo 2135 (16.8%), Oficina Regional Oriente Pucallpa 1753 (13.8%), Oficina Regional Oriente San Martín 1368 (10.7%), Oficina Regional Sur Oriente Cusco 820 (6.4%), Oficina Regional sur Arequipa 569 (4.5%), Oficina Regional Altiplano Puno 466 (3.7%).

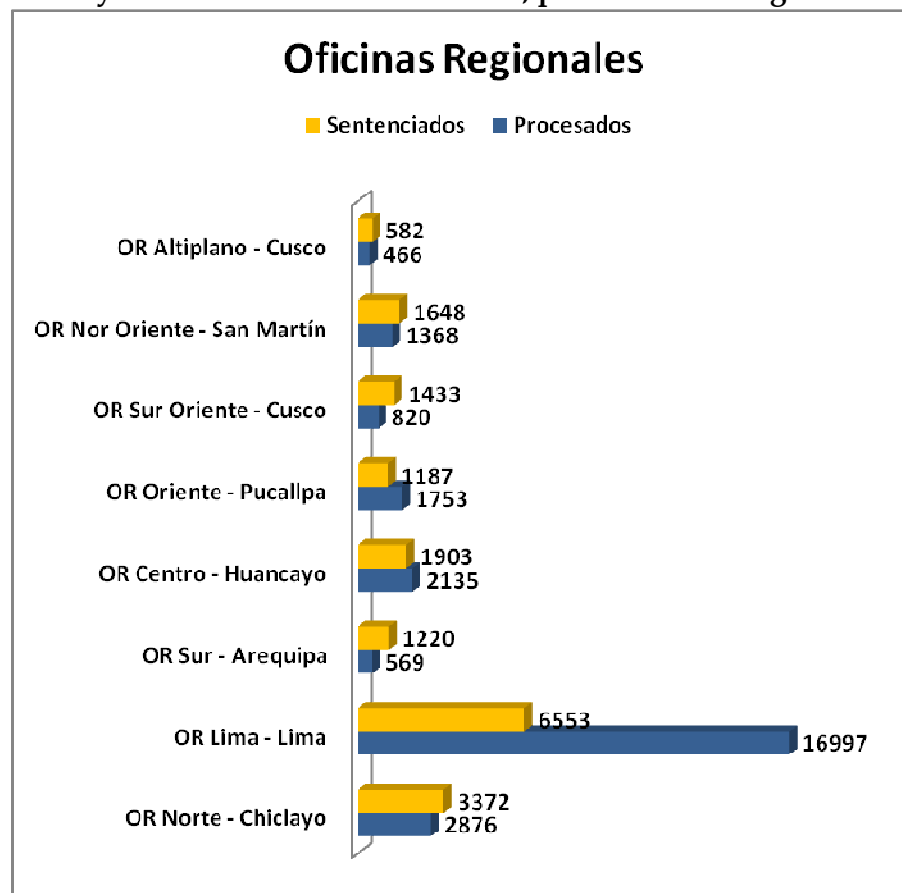
Gráfico 1



Sobre el porcentaje de internos sentenciados a nivel nacional, observamos que la Oficina Regional Lima-Lima tiene el mayor porcentaje de internos en esta condición, que equivale al 37% a nivel nacional. El 63% de diferencia estaría dividido según porcentaje, en el siguiente orden: Oficina Regional Norte Chiclayo 3372 (18.8%), Oficina Regional Centro Huancayo 1903 (10.6%), Oficina Regional Oriente San Martín 1648 (9.2%), Oficina Regional Sur Oriente Cusco 1433 (8%), Oficina Regional sur Arequipa 1220 (6.8%), Oficina Regional Oriente Pucallpa 1187 (6.6 %) y, Oficina Regional Altiplano Puno 582 (3.3%).

Gráfico 2

Procesados y sentenciados a nivel nacional, por Dirección Regional del INPE



Fuente: Instituto Nacional Penitenciario. Elaboración propia.

¿Porqué analizar las audiencias de prisión preventiva?

Antes de analizar las 112 audiencias de prisión preventiva observadas en el trabajo de campo, consideramos necesario plantear reflexiones acerca del proceso de implementación del NCPP – 2004 en Perú y, en particular, acerca de la importancia que tiene el mismo en el ámbito de la aplicación de la prisión preventiva.

Como ya hemos mencionado, es irrefutable que la vigencia del NCPP – 2004 ha representado para la justicia penal peruana, cambios positivos, reales y concretos, en la medida que se viene logrando la ansiada correspondencia entre los postulados procesales, y los efectos que en la práctica produce la aplicación de la norma, especialmente en el ámbito del derecho a la defensa. En cuanto a la restricción de la libertad de los imputados, hay 16 distritos en los cuales rige el NCPP – 2004, respecto de los cuales las cifras oficiales del INPE dan cuenta de una tendencia orientada a la disminución del número de internos procesados y un incremento de los internos sentenciados. De acuerdo a las cifras del INPE, la población carcelaria de Perú, a mayo de 2010, asciende a 44,822 personas, de los cuales 10,290 son internos que se encuentran en cárceles ubicadas en los 7 distritos judiciales bajo estudio. Es decir, la población privada de libertad en estos distritos judiciales equivale al 22.95% del total de internos a nivel nacional. Si bien la representatividad en términos globales es baja, debemos considerar dos aspectos: a) que solo el distrito judicial de Lima registra 23,550 internos, lo que se traduce en un 52.54% del total; y, b) que aún para el caso de los distritos más pequeños, es de suma importancia observar la marcha del nuevo proceso, de cara a la toma de decisiones que aseguren la sostenibilidad del proceso de cambio; de hecho, en ello radica la funcionalidad del sistema de implementación de carácter progresivo aplicado en Perú. En ese sentido, el siguiente mapa permite visualizar de mejor manera el estado de implementación del NCPP – 2004 en Perú:

Gráfico 3
Mapa de la implementación del nuevo Código Procesal Penal en Perú



Fuente: mapa elaborado por la Comisión Especial de Implementación del nuevo Código Procesal Pena. Extraído del portal web del Ministerio de Justicia

Con respecto a los 7 distritos judiciales bajo estudio, las cifras presentadas en el siguiente gráfico⁹, reafirman el impacto positivo del NCPP – 2004 en el ámbito de la prisión preventiva. Se observa que ha habido una disminución de los procesados en las cárceles y un aumento de los sentenciados en estas zonas del país.

⁹ Con la excepción de Huaura, pues no se tiene acceso al informe del INPE de junio de 2006. El informe más antiguo, data de noviembre del mismo año.

Gráfico 4

Personas privadas de libertad en los distritos judiciales bajo estudio

Distrito Judicial	Cifras previas al CPP	Cifras con el CPP	Observación
Piura	Marzo de 2009 Procesados: 1000 Sentenciados: 1110	Mayo de 2010 Procesados: 475 Sentenciados: 1363	Diferencia positiva. Aumento de brecha en 778 casos.
Lambayeque	Marzo de 2009 Procesados: 1062 Sentenciados: 508	Mayo de 2010 Procesados: 813 Sentenciados: 570	Diferencia negativa Disminución de brecha en 311 casos.
La Libertad	Marzo 2007 Procesados: 1262 Sentenciados: 549	Mayo de 2010 Procesados: 905 Sentenciados: 795	Diferencia negativa Disminución de brecha en 603 casos.
Cusco	Septiembre de 2009 Procesados: 523 Sentenciados: 970	Mayo de 2010 Procesados: 438 Sentenciados: 1116	Diferencia positiva. Aumento de brecha en 231 casos.
Huaura ¹⁰	Noviembre de 2006 Procesados: 402 Sentenciados: 373	Mayo de 2010 Procesados: 776 Sentenciados: 442	Cifras no reflejan la real aplicación de la prisión preventiva.
Arequipa	Septiembre de 2008 Procesados: 511 Sentenciados: 722	Mayo de 2010 Procesados: 331 Sentenciados: 773	Diferencia positiva. Aumento de brecha en 181 casos
Tacna	Marzo de 2008 Procesados: 433 Sentenciados: 348	Mayo de 2010 Procesados: 185 Sentenciados: 376	Diferencia positiva Inversión de indicadores

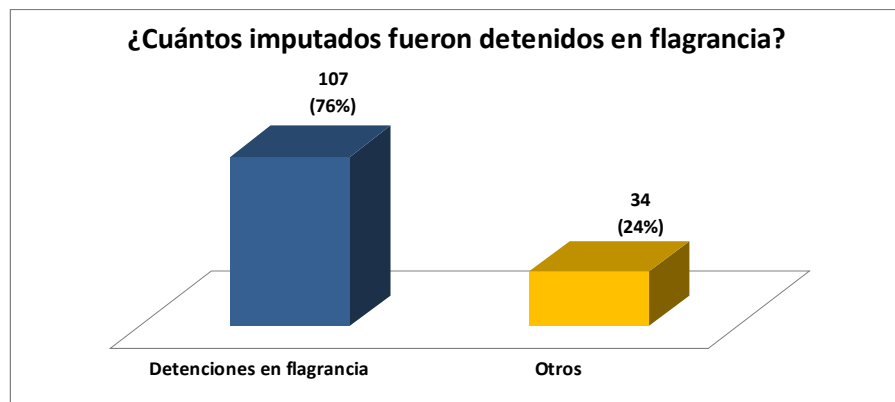
Fuente: Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2010. Elaboración propia.

¹⁰ Por ser Huaura el primer distrito judicial en el que se aplicó el CPP, es importante saber cómo viene funcionando el nuevo sistema. Sin embargo, para efectos del conteo de la cantidad de internos, las cifras registradas no corresponden a las disposiciones efectivas de prisión preventiva en el distrito, dado que por disposición del Sector Justicia, recientemente un considerable número internos fue trasladado de penales de Lima al penal de Carquín, en Huaura, como medida para contrarrestar el hacinamiento penitenciario.

La flagrancia y los agentes de la detención

En este punto se analiza en primer lugar, la flagrancia como motivo de la detención que origina un caso penal, y el respectivo requerimiento de prisión preventiva. Conforme al Gráfico 8 – al igual que en la experiencia internacional –, la flagrancia sería la principal causa de las detenciones, así como la mayor fuente de incidencia de audiencias de prisión preventiva en Perú. Este gráfico muestra que de los 141 detenidos, 107 (75,8%) fueron intervenidos en flagrancia y 34 (24,2%) por otros motivos, como, por ejemplo, por ser reos contumaces en procesos penales ya iniciados.

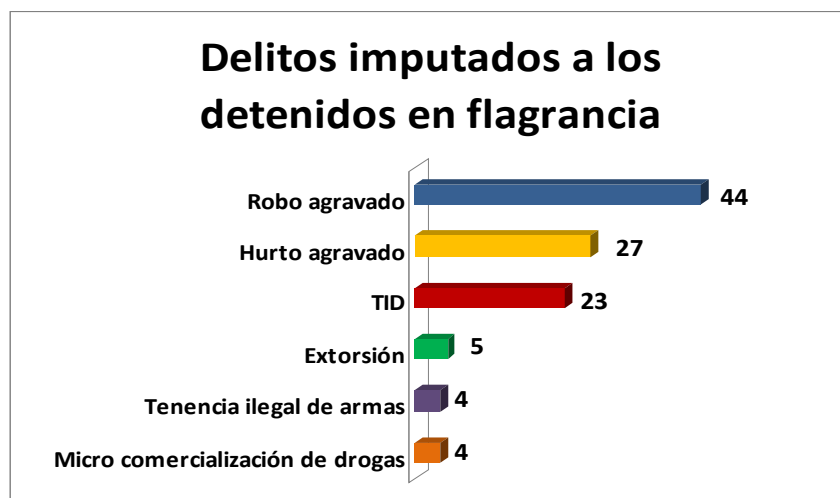
Gráfico 8



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

De acuerdo al gráfico 9, los delitos imputados a los 107 detenidos en flagrancia fueron: 44 detenidos por robo agravado, 27 por hurtos agravados, 23 por tráfico de drogas (tipo genérico), 4 por micro comercialización de drogas, 4 por tenencia ilegal de armas y 5 por extorsión. Como se observa, la tendencia de los casos en flagrancia guarda correspondencia con los tipos de delitos que, en general, son conocidos en las audiencias de prisión preventiva, con o sin detenidos.

Gráfico 9



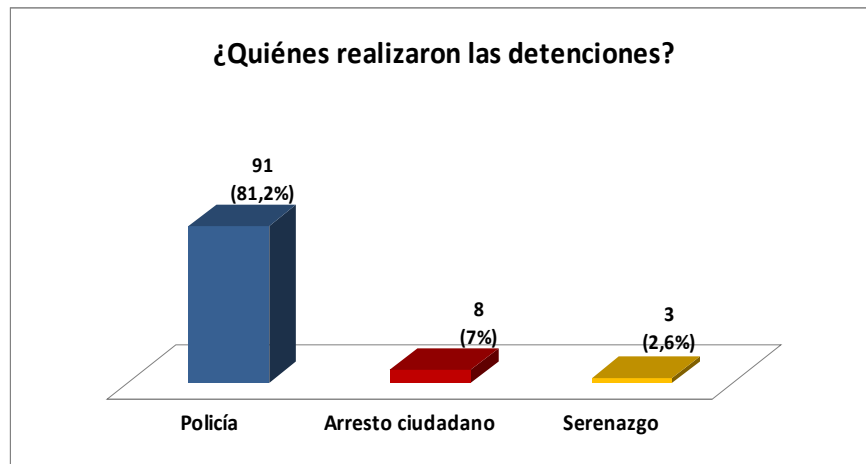
Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

Por otra parte, el gráfico 12 muestra que la figura del arresto ciudadano no es significativa en el universo de las detenciones. Debemos considerar que los artículos 259° y 260° del NCPP – 2004, referidos a la *flagrancia* y al *arresto ciudadano* rigen hoy a nivel nacional¹¹, y que cuando se discutió el proyecto legislativo para adelantar la aplicación de estas figuras, algunos legisladores plantearon que el arresto ciudadano pondría en riesgo la

¹¹ Rigen a nivel nacional.

seguridad de las personas y generaría abusos en su aplicación. Las cifras presentadas en este estudio demostrarían que el arresto ciudadano no ha tenido el impacto dramático que se anticipó, siendo una figura poco significativa en comparación con las detenciones realizadas por la institución policial. Adicionalmente, se advierte que los serenazgos tendrían cierta participación en las detenciones no solo en Lima, sino también en las provincias¹².

Gráfico 12



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

Lo primero que estos datos muestran es que, con la reforma procesal penal, la Policía Nacional continúa siendo la principal agencia pública que realiza las detenciones de los presuntos autores de delitos en el ámbito nacional, especialmente de los detenidos en flagrancia. Ello es natural, dado que la institución policial es la entidad con la mayor cobertura y presencia para la intervención de los sospechosos, la recepción de las denuncias y, principalmente el recojo de las evidencias *in situ*. Esta constatación corrobora la importancia que tiene el desempeño policial frente al delito y el crimen, y el aporte profesional y técnico que tienen que demostrar para llevar exitosamente el caso a la vía judicial”.

¹² En la ciudad capital de Lima, 90% de los distritos tienen serenazgos, servicios que también se vienen extendiendo en las provincias del país. Para más información, se sugiere la lectura de COSTA, Gino y otros autores, “Los serenazgos en Lima ¿Le ganan las calles a la Policía?, Ciudad Nuestra, Lima, junio de 2010”.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO – DOCTRINARIO

SUBCAPÍTULO I

DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS PROCESALES

PENALES EN EL DERECHO PERUANO

II.- DERECHOS FUNDAMENTALES

Es conveniente que analicemos lo concerniente al alcance y significado de los derechos fundamentales en un Estado de derecho, así como también la forma como están regulados y reconocidos desde las primeras Constituciones que hemos tenido en el país. Actualmente en la sociedad existe un consenso en precisar un grupo de derechos y su ejercicio que posee toda persona, los mismos que están limitados por el poder del Estado, originando dificultades en cuanto a su delimitación y denominación, porque también se les conoce como: “derechos humanos”, “derechos individuales”.

II. 1.- CONCEPTO.

Odone Sanguiné: *“por un lado, son derechos subjetivos frente al Estado que garantizan un determinado status jurídico de libertad del ciudadano, y por otro, son valores o elementos esenciales en cuanto configuradores y fundadores del propio sistema político, revelando su carácter integrador y a la vez transformador del mismo” (...).*¹³

De acuerdo a la Constitución Política, la dignidad humana constituye el fundamento esencial de todos los derechos que representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de la sociedad; así como, los objetivos que este cumple y por tal razón son considerados como fundamentales, tal como está previsto en el artículo primero, segundo – derechos de la persona-; y tercero de la Constitución Política, al señalar: *la enumeración de los derechos establecido en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo (...).*

¹³ Sanguiné, Odone, *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p, 77

La dignidad de la persona humana se encuentra reconocida como el fin último de la sociedad, razón por la cual las personas y sus derechos fundamentales son objeto de una protección calificada por parte del Estado con los que se encuentra correlacionada y nuestra Constitución protege al hombre, el derecho a la tutela procesal efectiva, en los que se encuentran el derecho a la libertad personal, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al debido proceso y el derecho a la debida motivación, etc.

La privación de libertad en nuestro país se encuentra protegida en la Constitución y en la ley procesal penal, como un límite al derecho a la libertad personal que tiene toda persona, mediante el respecto a la esfera de la autonomía física que constituye el contenido del mismo, por lo que tiene que estar supeditado al cumplimiento de determinadas condiciones que están delimitadas por el Estado y como tal, la posibilidad de limitarlo; y, para que la libertad sea privada o restringido su ejercicio, ya sea en forma total o parcial, tiene ser de acuerdo a lo previsto en las normas procesales y constitucionales que protegen a la persona, porque este derecho en muchas oportunidades es vulnerada por las autoridades o particulares.

La Constitución Política, en el contexto del respeto de los parámetros de una interpretación unitaria y sistemática de su texto sobre la garantía de la libertad personal – a cargo de los jueces –, somos testigos que en algunos casos, el proceso penal se convierte en una forma de persecución política, basta el hecho de que una persona haya ejercido una función pública, para imputarle ser autor o partícipe de uno o más delitos que revistan cierta gravedad en presunto agravio del Estado a fin que se decreta mandato de detención al inicio de la investigación preliminar o del proceso penal, sin la existencia de medios probatorios fehacientes.

Fabián Novak, *“(…) nos preguntamos donde radica el fundamento de los derechos humanos (esto es, el porqué) debemos responder que en la dignidad, ya que no es posible hablar de ser humanos sin dignidad, como tampoco es posible hablar de una vida digna sin libertad (...)”*.¹⁴

¹⁴ NOVAK, Fabián y NAMIHAS, Sandra, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Manual para Magistrados y auxiliares de justicia, Fimart SAC, Lima, 2004, p. 30.*

Pérez Luño, señala: *“Un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, y la igualdad humanas”*.¹⁵

El reconocimiento, vigencia y respeto de los derechos humanos o fundamentales, lamentablemente en nuestro país no ha sido muy alentador de parte de algunos gobiernos de turno, al no haberles dado la relevancia trascendental que amerita – como debe ser en toda democracia que respeta a sus ciudadanos –, a fin de que la sociedad tenga una pacífica vida en común. Es más, en ninguna de las Constituciones que hemos tenido ha propugnado una teoría de tales derechos, porque todas ellas han sido elaboradas por políticos y no por constitucionalistas, debido a que en todo momento los primeros han buscado una concentración de poder que garantice y proteja sus intereses, por lo que ha sido difícil poner limitaciones y evitar arbitrariedades, lo que demuestra que no se ha podido asegurar el pleno reconocimiento y respeto a los derechos fundamentales que merece todo ciudadano.

El problema es el considerar como fundamental algunos derechos o en otros casos, verificamos que se les niega esa cualidad, sin tener en cuenta que se encuentran previstos de manera implícita en el artículo 3º de la Constitución¹⁶, donde se desprende el reconocimiento que se les otorga a favor del ciudadano, sin excluir a otros derechos que la Carta Magna garantiza, ni a los de naturaleza análoga que se fundamentan en la dignidad del hombre; y para los efectos, de una interpretación relacionada con estos derechos se recurre a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tal como lo establece la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado.¹⁷

¹⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Fabián Novak, p, 38.

¹⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, Artículo 3º *“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, (...)”*

¹⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ Cuarta Disposición Final y Transitoria.- *“Las normas relativas a los derechos humanos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*.

Un procesado que interpone un proceso constitucional de hábeas corpus, lo hace como último remedio para que se ponga fin a la violación constitucional a los derechos fundamentales, relacionado con la libertad personal y lo conexo a ella, que puede tener su origen en una resolución judicial, dictado en un proceso considerado como irregular cuando se viola el debido proceso, como también cuando se vulnera el plazo razonable en investigaciones preliminares. En procesos penales, para decretar mandato de detención o prisión preventiva, algunos jueces se apartan de lo señalado en la ley penal, verificando una interpretación extensiva más allá del tipo, con la finalidad de agravar la situación jurídica del imputado; y en otros casos, solo se limitan a enumerar los presupuestos que señala la norma procesal para privar de libertad al imputado, vulnerando la garantía constitucional de la motivación, al no exponer las razones por las cuales la dictan o son incoherentes al no guardar relación con las pruebas actuadas.

Igualmente, estas violaciones a los derechos fundamentales también se producen en algunas sentencias al incumplir las reglas del debido proceso porque sus fallos se sustentan en hechos que no están debidamente comprobados o los jueces se sienten afectados por la presión de la opinión pública o de parte de algunos políticos. También, observamos la existencia de omisiones o “errores judiciales”, que son manifiestamente evidentes al no respetar las normas procesales, razón por la que consideramos que éste tipo de resoluciones no le hacen ningún favor a la justicia.

Lo que sucede es que muchas resoluciones judiciales que decretan mandato de detención o prisión preventiva, no toman en cuenta la concurrencia en forma conjunta de los tres requisitos señalados en la ley procesal violando los derechos fundamentales del procesado, tal como está claramente señalado y reconocido por circulares, plenos jurisdiccionales, sentencias dictadas por las Salas Penales de la Corte Suprema, Tribunal Constitucional, y lo que es más grave, sólo se limitan a indicar su cumplimiento, pero sin precisar las medidas que se deben imponer ante el incumplimiento de las mismas.

Esta situación se presenta con mayor razón en Lima, debido a la actitud de algunos jueces que realizan turnos de 24 horas llamados “permanentes”, quienes en la mayoría de los casos, solamente se limitan a decretar mandato de detención preventiva judicial, al dictar el auto apertorio de instrucción, evidenciándose la violación al principio constitucional del Juez natural; lo que no sucede con el NCPP – 2004, en la que se dispone que el Fiscal es el único sujeto procesal legitimado para solicitar la detención preventiva judicial en una investigación preliminar o con la prisión preventiva al iniciar la Investigación Preparatoria, pedido que debe estar debidamente sustentado; y, llegado el caso llevar a cabo una audiencia con la concurrencia del imputado antes de disponer la privación de libertad.

Es casi recurrente, verificar la omisión de acciones por parte del órgano jurisdiccional que lesionan algunos de los derechos que conforman la libertad individual o derechos conexos, originada ante una omisión en la expedición de una resolución oportuna y adecuada a las pretensiones de los sujetos procesales, generando retardo en la administración de justicia, por lo que es exigible un especial celo a todo fiscal o juez encargado de la tramitación de una investigación preparatoria, sobre todo cuando está de por medio una imputación, que muchas veces no tiene sustento probatorio y sin embargo, pesa una medida restrictiva en contra de la libertad personal, razón por la cual se requiere la expedición oportuna de una resolución decisoria.

Es de vital importancia que todo ciudadano sometido a un proceso penal, tenga la seguridad jurídica que en el curso del juicio ha de encontrar garantías procesales que protejan la libertad personal, las mismas que son imperativas, sobre todo en la facultad del *ius puniendi*, que tiene el Estado de sancionar a quien ha cometido un delito, estableciéndose límites para su aplicación, sustentado en la Constitución Política y un Estado democrático como nuestro país, en el cual se exige un irrestricto respeto a los derechos fundamentales, que tienen reconocimiento nacional e internacional en materia de derechos humanos, tales como: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; la Corte Interamericana de Derechos Humano.

II. 2.- PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LOS PROCESOS PENALES.

II. 2. 1.- EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

II. 2. 1. 2.- CONCEPTO

El ordenamiento legal en general se rige por el principio de legalidad que es el pilar más importante del Derecho penal en general y Procesal penal en particular, porque los órganos estatales tienen que estar sometidos a la Ley. El hombre primitivo tenía una idea de lo prohibido vinculado con lo mágico y religioso, esta es una de las razones por lo que se sostiene que este principio tiene su origen en Roma, basado en la existencia de ciertas prohibiciones en las que era usual sancionar conforme al derecho consuetudinario o al arbitrio judicial.

Ante la posibilidad de que se produzca una afectación de la libertad individual, es conveniente que el principio de legalidad sea dirigido a su verdadero y exclusivo contexto posible en un Estado democrático en el cual, el ejercicio del *ius puniendi*, mediante una norma penal, sólo debe estar justificado cuando sea absolutamente necesario para proteger los intereses de la sociedad, para una convivencia pacífica y en la medida que ésta sea razonable y proporcional a la conducta o acto que afectan los bienes jurídicos, lo que da origen al principio de intervención penal mínima, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y que esté legitimado al considerar una conducta como delito e imponer una sanción, para lo cual se debe cumplir con ciertos requisitos imprescindibles, por constituir un límite estatal.

Al parecer es en la Constitución de Inglaterra que otorgara *Juan Sin Tierra* a los nobles en el año 1215, en la que nace formalmente esta garantía pero en el ámbito procesal: *“Ningún hombre libre será detenido, (...) ni podrá ser condenado”*; es decir, que previamente tenía que ser sometido a juicio por sus iguales o por las leyes de su país. Pero, es con la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francés del 26 de agosto de 1789 que tiene una configuración legal en el artículo 8º, que señala: *“La Ley no debe establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida con anterioridad al delito legalmente aplicada”*.

En la Alemania nacional socialista en el año de 1935, dicho principio fue modificado sosteniendo que era lícito castigar “según la idea básica de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo”; al término de la Segunda Guerra Mundial en el año de 1945, los aliados restablecieron dicho principio con rango de derecho fundamental al señalarlo como tal: en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Europea de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

El Cuarto Congreso Internacional de Derecho Penal, que tuvo su sede en Francia en julio de 1937, al tratar de la “legalidad de los delitos”, sostuvo: a).El principio de legalidad de los delitos y de las penas, garantía necesaria de los derechos individuales, trae como consecuencia la exclusión del método analógico en la infracción de las leyes penales; b) es de desear que las disposiciones de la Ley penal que definen las infracciones estén concebidas en términos bastante generales para facilitar la adaptación de la Jurisprudencia a las necesidades sociales; c) la exclusión del método analógico concierne únicamente a los textos que contienen las incriminaciones y determinan las penas o que previenen la agravación de éstas; d) el principio de legalidad y la exclusión del método analógico gobiernan las medidas de seguridad en la misma forma que las penas. Las reglas precedentes se aplican, pues, a los textos que determinan hechos delictuosos, de los que depende la intervención de esas medidas¹⁸.

Fue una verdadera conquista política la aplicación de este principio en constituciones de diversos países, surgiendo la formula en latín: “*nullum crimen, nulla poena, sine lege*”; invocando el estado de derecho como factor esencial, al obligar a disponer de las reglas generales establecidas en leyes penales que prevengan el delito para garantizar las libertades individuales, para evitar una intervención arbitraria de parte de autoridades del Estado.

¹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 3ª ed. actualizada, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, T. II, p. 399. Refiere el reconocido y prestigioso profesor y tratadista de Derecho Penal, que se presentaron diversas ponencias, referidas: Al principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* y la exclusión de la analogía, la interpretación extensiva, la aplicación de la legalidad a las medidas de seguridad, entre otros temas de naturaleza penal.

La dificultad en la aplicación de este principio a lo largo de la historia se presenta cuando el órgano jurisdiccional al resolver un caso concreto, verifica una interpretación analógica o extensiva de la ley penal *in mallam partem* – a pesar de su prohibición –, al no considerar las exigencias de la taxactividad de las leyes penales, porque este principio tiene como objetivo asegurar, métodos y medios adecuados para la prevención del delito e imponer límites al empleo de la potestad punitiva, a fin de que el ciudadano no quede desprotegido ante los funcionarios del Estado (Ejecutivo y Judicial), al interpretarlo de manera arbitraria, afectando la libertad de las personas en el campo de actuación de la jurisdicción ordinaria; originando muchas veces, que el imputado ante la violación de este principio recurra a la jurisdicción constitucional o internacional.

Este principio genera una importante limitación al *ius puniendi* del Estado, frente a los abusos que puedan cometer los jueces al privar o restringir la libertad o llegado el caso para sancionar a quien ha cometido un delito y evitar que otros lo cometan; ambos fines se conocen como prevención especial y general, las que son de vital importancia, para poder intimidar a los destinatarios de las leyes penales o potenciales delincuentes, al conocer del modo más exacto posible los comportamientos que se encuentran prohibidos y las penas a las que se harían acreedores ante la ejecución o dejar de hacer lo descrito en la ley; sólo el autor o partícipe de un delito podrá ser considerado como culpable y, si antes del hecho dicha conducta estaba prohibida, pues sólo así podrán desplegar esa función disuasiva de la comisión de los actos u omisiones descritos como delitos.

La legalidad penal se configura como un principio al informar y limitar los márgenes de actuación que dispone el Poder Legislativo o Ejecutivo – mediante delegación de facultades –, al momento de determinar cuáles son los actos, omisiones o conductas prohibidas y la sanción que le corresponde cuando las incumpla. Pero también como derecho subjetivo constitucional que garantiza a todos los ciudadanos sometidos a un proceso, que lo prohibido se encuentra previsto en una norma previa, estricta y escrita, al igual que la sanción de manera expresa e inequívoca. Es decir, se unen dos

conceptos: por un lado, la protección de la libertad personal que encuentra en la ley penal un soporte para garantizarla; y por el otro lado, la seguridad jurídica que debe tener toda persona, al estar garantizada, por la predeterminación normativa y taxativa del ámbito punible al condicionar un catálogo de delitos y penas. Es la protección y garantía que tiene todo ciudadano, cuando pesa sobre él, la imputación de haber cometido un delito y para hacerse acreedor a una pena al ejecutar la conducta prevista en la ley penal, la misma tiene que haber sido declarada punible antes de la comisión u omisión del hecho, además, es necesario que su descripción tiene que ser clara y precisa, a fin de evitar interpretaciones que no se ajusten a lo establecido en la norma.

Es por ello, que muchos tratadistas sostienen, que un Estado de derecho debe proteger a todo individuo sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal, porque todo acto, conducta u omisión debe estar fijado en una norma penal por el legislador legitimado, es decir, elegido democráticamente, a fin de evitar que se aplique una sanción arbitrariamente no prevista en la ley o sustentada en una norma imprecisa, ambigua o retroactiva.

Al respecto Salazar Sánchez, sostiene: *“El principio nullum crimen sine lege, por su especial importancia, se aplica tanto a la Parte General como a la parte Especial del Código Penal. Dentro de la Parte General el principio de legalidad tiene vigencia en: las causas de ausencia de acción, las reglas de la autoría y participación, las condiciones objetivas de punibilidad, las leyes penales en blanco, las reglas de la tentativa, los delitos culposos y dolosos, los elementos de la antijuricidad (v.gr las causas de justificación⁹, los elementos de la culpabilidad (por ejemplo, las causas de inculpabilidad) y, en general en todos los tópicos que inciden directa o indirectamente en los ámbitos de libertad de los ciudadanos. En la Parte Especial el alcance del principio de legalidad se expresa en todos y cada uno de los elementos típicos de los respectivos tipos penales”*.¹⁹

¹⁹ SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, artículo “El principio de legalidad en un Estado democrático de derecho.- Garantía del ciudadano frente a la arbitrariedad estatal”, publicado en la Revista Peruana de Ciencias Penales N° 14, Editorial Ideosa, Lima, 2004, p, 505.

II. 1. 2. 2.- OPINIONES.

Rey Cantor: *“El principio de legalidad será considerado en sentido estricto, (...) sometidos a la ley formalmente expedida por el Legislador ordinario”*²⁰.

Claus Roxin: *“Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal. (...) no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva (...)”*²¹.

María del Carmen García Cantizano: *“(...) por cuanto el juez no podrá sancionar aquella conducta que no sea susceptible de ser subsumida bajo el supuesto de hecho contenido en la ley penal, (...) y determinar si realmente ésta coincide o no con la descrita en el tipo penal (...)”*²².

Muñoz Conde y García Arán: *“es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva”*²³.

José María Luzón Cuesta: *“se manifiesta: en la teoría de las fuentes del Derecho penal; en el ámbito de las garantías individuales; y en la técnica de la elaboración de las leyes”*²⁴.

Susana Huerta Tocildo: *“no puede ser entendido sin que en el mismo se consideren comprendidos los principios de «fragmentariedad o exclusiva protección de bienes jurídicos», de «proporcionalidad o prohibición del exceso» y de «subsidiariedad o última ratio»,”*²⁵.

Juan Bustos Ramírez: *“comprenden la garantía criminal y penal referida a la creación de normas penales (incriminación primaria); la garantía jurisdiccional y procesal referida a la aplicación de las normas y la garantía de ejecución referida a la ejecución de la pena (incriminación secundaria)”*²⁶.

²⁰ REY CANTOR, Ernesto, *“Principio de legalidad y derechos humanos. Análisis desde la perspectiva del Derecho Constitucional Procesal”*, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LI, N° 29, Trujillo, 2001, p. 28.

²¹ ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, cit., T. I, p. 137.

²² GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, *“Algunas consideraciones sobre el delito de tráfico de influencias”*, en *Estudios Penales. Libro Homenaje al Profesor Luis A. Bramont Arias*, Editorial San Marcos, Lima, 2003, p. 551.

²³ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 10.

²⁴ LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 45.

²⁵ HUERTA TOCILDO, Susana, *“Principio de legalidad”*, en *Actas de V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos Constitucionales*, Madrid, 2000, p. 17.

²⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas*, tomo I, Editores Ara E.I.R.L., Lima, 2004 p. 565.

Bramont Arias y Bramont-Arias Torres señalan: “i) *Ley previa, expresa la prohibición de la retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan las penas*; ii) *Ley escrita, solamente con el rango de ley emanada del Poder Legislativo, (...), como fuentes de delitos o faltas (...)*; iii) *Ley estricta, exige la definición exacta de las distintas conductas punibles (...)*”²⁷.

José Hurtado Pozo: “*que dispone que los actos incriminados y las sanciones deben ser establecidos en la ley de modo suficientemente preciso y, por otro, de tres preceptos que prohíben la analogía, del recurso al derecho consuetudinario y de la retroactividad de la ley penal*”²⁸.

Cafferata Nores: “*reserva, sólo podrá aplicarse pena a quien incurra en la conducta descrita por la ley como delito; ley previa, sólo podrá reprimirse una conducta humana si se encuentra descrita por la ley como punible, (...)*”²⁹.

Javier Villa Stein, “*Consecuencia inmediata del principio de legalidad son: i) La ley penal es la única fuente del Derecho Penal; ii) la ley penal es irretroactiva; iii) no cabe la analogía en materia penal*”³⁰.

En los procesos que llevan a cabo los legisladores o quienes tienen que elaborar los `proyectos de selección de las conductas o actos a criminalizar, así como, las penas que se deben imponer a quienes cometen u omiten realizar un hecho punible, han de resistir los ataques de los integrantes de la sociedad producidos por su creencia en el derecho penal como tabla de salvación contra los crímenes y criminales, por ser la ley penal la única fuente del Derecho Penal - muy venida a menos -, debido a que algunas de ellas son incoherentes y contradictorias; situación que se presenta porque muchas de se dictan por cuestiones coyunturales, políticas y en algunas oportunidades sin sustento jurídico. Precisamente, para evitar que este principio sea una proclamación vacía y sin contenido, la norma penal debe reunir una serie de presupuestos, como:

²⁷ BRAMONT ARIAS y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, *Código Penal Anotado*, 3ª ed., Editorial San Marcos, Lima, 2000, p. 131.

²⁸ HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, 3ª ed., Grijley, Lima, p. 163.

²⁹ CAFFERATA NORES, José L., *Proceso Penal y Derechos Humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Ediciones del Puerto-CELS, Buenos Aires, 2000, p. 64.

³⁰ VILLA STEIN, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. Editorial San Marcos, Lima, 2000, p. 102

1) *Ser escrita*, definir las conductas, actos o comportamientos en la Ley y que son dignos de reproche, señalando la pena a imponerse, precisando los bienes que deben ser objeto de protección; se excluye al derecho consuetudinario para calificar los actos considerados como delitos.

2) *Ser precisa*, de acuerdo a lo que señala la Constitución Política del Estado debe estar redactada de la manera más exacta a fin de que las personas conozcan cuáles son los actos o conductas incriminadas y la sanción;

3) *Ser estricta* es decir, que establezca claramente las características del hecho punible. Debe describirse la conducta desvalorada normativamente; y el juez, encargado de aplicarla no puede agravar la situación del imputado aplicando la analogía;

4) *Ser previa*, significa que la descripción o configuración delictiva tiene que ser anterior a la realización de los hechos considerados como delito, en otras palabras se consagra mediante éste criterio la irretroactividad de la ley penal.

Lo expuesto es ratificado en una última sentencia del Tribunal Constitucional, señala exigencias del principio de legalidad: *“(E)l principio de legalidad en materia sancionadora impide que se pueda atribuirle comisión de una falta si esta no está previamente determinada en la ley, así como prohíbe aplicar una sanción si tampoco está previamente determinada por ley. Como se ha expresado también (...) este principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (lex scripta), que la ley sea anterior al hecho sancionado (lex praevia) y que la ley describa un hecho estrictamente determinado (lex certa). Es decir, supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, esto es, la existencia de preceptos jurídicos (lex praevia) que permitan predecir con suficientes grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y que permitan saber a qué atenerse en cuanto a responsabilidades y eventuales sanciones”*³¹

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 01514 – 2010- PH/TC, f.j.2, publicada en la página web del TC el 25 de octubre de 2010), según Revista Jurisprudencia del Tribunal Constitucional- Gaceta Jurídica, tomo 11, noviembre de 2010, Lima, p. 72

En base a este principio de legalidad, el legislador o el ejecutivo – cuando por delegación tiene esta facultad –, deben delimitar con precisión la esfera de lo prohibido; porque los tipos abiertos, ambiguos, vagos o por la deficiencia en su redacción, da como origen que ante la falta de claridad o nitidez o indeterminación o incertidumbre, los encargados de aplicar dicha norma no distinga entre lo que está permitido y lo prohibido, creando una inseguridad jurídica al partir de hipótesis delictivas que no están previstas en la ley; sobre todo, cuando se dicta el auto apertorio de instrucción o se da inicio a la investigación preparatoria, para justificar la privación de libertad al imputado, sin tener en cuenta lo presupuestos antes referidos y, la descripción de un hecho estrictamente determinado, estableciendo con claridad las conductas o actos considerados como infractoras y las respectivas sanciones que deben aplicarse a quien viola la Ley penal, que permitan saber a cada persona a lo que debe atenerse, como garantía de legalidad a fin de brindar seguridad jurídica a cualquier persona a quien se le impute un hecho punible, ya sea en su condición de autor o partícipe en el mismo.

El artículo 336 del NCPP – 2004 – al iniciar o continuar con la investigación preparatoria –, como garantía para el procesado y los demás sujetos procesales deben conocer desde el inicio de manera expresa y concreta la tipificación del delito o delitos imputados. Asimismo, señala que *“el Fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esta calificación”*.

La finalidad de una correcta tipificación del hecho imputado, es con la finalidad que el procesado al ejercitar su defensa, ofrezca y solicite la actuación de medios probatorios con el objeto de desvirtuar los cargos o atenuar su culpabilidad; es decir, la actividad probatoria de los sujetos procesales se debe desarrollar en base al delito tipificado, porque cuando se verifica en forma errónea surge un evidente problema, ante imposibilidad de conseguir éxito en el proceso. El principio de legalidad, se debe entender como la subordinación de todos los poderes públicos a leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio, lo que supone una subordinación del Ejecutivo al Legislativo.

II. 1. 2. 3.- FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

José Urquizo Olaechea, considera como fundamentos: *“una tarea pedagógica e instructiva en las diversas capas y estratos de la población respecto a cuáles son los ilícitos más graves y de mayor lesividad social que deben evitarse si es que no se quiere incurrir en alguna forma de responsabilidad penal (...)”*³².

Joaquín Cuello Contreras, afirma: *“En suma, el último fundamento del principio de legalidad, que permite abarcar todas las garantías que lleva implícito, no lo es tanto el de la previsibilidad de los reactivos penales del Estado ni el de seguridad jurídica del ciudadano, sino el de transparencia”*.³³

Ignacio Berdugo: *“en el ámbito penal para la definición de delitos y el establecimiento de penas, no se admite otra fuente que la ley formal de Cortes”*³⁴.

Francisco Muñoz Conde: *“(...): en el esquema propio de la división de poderes, sólo el legislativo como representante de la voluntad popular se encuentra legitimado para decidir qué conductas debe perseguir el Estado.”*³⁵

Manuel A. Abanto Vásquez: *“El texto mismo (...) «Sólo por ley (...)» o «(...) que no esté previamente calificado en la ley», etc. (...) Solamente una norma legal emanada del Parlamento tiene la suficiente legitimidad como para restringir gravemente los derechos individuales de las personas; (...)”*³⁶.

Abanto Vásquez, también señala que en nuestro país no ha existido un respeto por la vigencia del principio de reserva (muchas leyes penales, incluyendo el Código Penal, fueron emitidas mediante Decretos Legislativos), por lo que considera que corresponde proponer alguna solución transitoria y práctica frente a la enorme cantidad de leyes penales vigentes, inconstitucionales en su origen y mal redactadas algunas de ellas, además de incoherentes y contradictorias, las mismas que han sido dictadas como medidas efectistas, más no efectivas, ante un problema de coyuntura .

“Pero tampoco, se puede hacer tabla rasa con todas las leyes penales que no reúnen los requisitos que exige el principio de reserva de la ley penal, pues llevaría

³² URQUIZO OLAECHEA, José, *El principio de legalidad*, Gráfica Horizonte, Lima, 2000, pp. 24, 28, 35, 46.

³³ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho Penal Español*, 2ª ed., Extremadura, 1996, p. 153.

³⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et al., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 45.

³⁵ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 112.

³⁶ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., *“Principio de reserva de la ley penal versus autoritarismo estatal”*, en *Revista Peruana de Ciencias Penales, Idemsa*, N° 13, Lima, 2003, p. 199

*al país a un caos jurídico. La solución más razonable debe consistir en legitimar tales leyes, aprovechando el momento para su revisión completa, por una comisión de expertos que someta luego el resultado de su trabajo al Parlamento*³⁷.

Cristian Guzmán Napurí: *“Las atribuciones legisferantes del Gobierno en el Perú han estado signadas por un uso abusivo, guiado más por conveniencia política que por verdadera necesidad pública (...), sin crear eficientes mecanismos de control de dichas atribuciones.*^{38”}.

Otro de los principales problemas – como se sostiene –, que aqueja a la legislación penal peruana, es la originada por la delegación de facultades del Congreso de la República al Poder Ejecutivo basado en el artículo 104 de la Constitución para legislar mediante Decretos Legislativos sobre materia específica – la mayoría de ellas –, debido a situaciones coyunturales de carácter político, social o económico que atraviesa el país. Dispositivos legales, que presentan serias deficiencias al legislar sin tener en cuenta la opinión de especialistas; se viola la reserva de la ley, al constituir un marcado reconocimiento a los excesos de poder del gobierno de turno; no se considera que la Constitución Política señala, como una de las principales funciones del Congreso de la República es la de legislar – máxime en materia penal –, al determinar hechos como delito y fijar la pena que le corresponde, a fin de que, en su calidad de representante de la soberanía legislativa, actúe como freno ante los posibles abusos del Poder Ejecutivo y Judicial, lo que desgraciadamente no sucede.

Estos Decretos Legislativos, son objeto de crítica por los especialistas al establecer hechos, conductas, actos u omisiones que son considerados como delitos y la pena asignada, debido a las incoherencias y contradicciones que presentan. En nuestro país se ha hecho uso y abuso, de esta concesión de facultades legislativas al gobierno de turno, porque se han limitado a crear nuevas figuras delictivas, incrementar penas o la modificación de los plazos procesales, reducir beneficios penitenciarios en

³⁷ ABANTO VÁSQUEZ, “Principio de reserva de la ley penal versus autoritarismo estatal”, cit., p. 208

³⁸ GUZMÁN NAPURÍ, Cristian, “¿Es realmente necesario que el Gobierno legisle? Apuntes acerca del uso de la legislación delegada y la legislación de urgencia en el Perú”, en Revista Jurídica del Perú, Año LI, N° 21, abril, 2001, p. IX.

perjuicio de los procesados o sentenciados, sin disponer las medidas preventivas ni mucho menos indicar las causas que originan el incremento de la delincuencia, bajo el pretexto de pretender solucionar el problema existente, incurriendo en contradicciones con las existentes, por su falta de claridad.

De acuerdo a lo acontecido en los últimos años, el Poder Ejecutivo ha legislado en materia penal en virtud de las facultades concedidas o cuando fue “disuelto” el Congreso y los resultados – como es público –, no han sido satisfactorios, por la falta de técnica jurídica y por vulnerar o están en contra de los principios garantistas señalados en la Constitución Política y el Título Preliminar del Código Penal, Procesal Penal y Ejecución Penal, que muchas veces, no son tomados en cuenta en los Decretos Leyes o Legislativos, marcando un exceso del ejercicio monopólico del *ius puniendi* por parte del Estado, en una materia tan sensible como es la privación de libertad o lo conexo a ella, por lo que resulta conveniente su revisión con la participación de especialistas, debido a las excesivas modificaciones que se han verificado hasta la actualidad; y, el Congreso incumpliendo sus funciones no las revisa, tal como está obligado de acuerdo a su Reglamento.

Lo sucedido en las últimas décadas por parte de algunos legisladores, quienes antes del término de su mandato se esmeran en presentar proyectos de leyes, llevados por un impulso político o populista, más no jurídico, para sancionar drásticamente a los que cometen delitos, recurriendo a la ampliación del concepto de las figuras delictivas, incluyendo circunstancias agravantes o penas más severas; ésta “solución” política, es una de las causas que incrementan los graves problemas que padece el ordenamiento jurídico, al repercutir en los procesos penales, porque son elaboradas sin respetar la técnica y el principio de legalidad; asimismo, no ofrecen garantías en cuanto a seguridad jurídica; pero lo más grave, es que son promulgadas, muchas veces, para satisfacer a determinados grupos.

José Urquiza, señala: *¿Qué significa regirse por el principio de determinación? Significa que el tipo legal debe aparecer como una construcción técnica, clara y precisa que permita una comprensión natural y sin esfuerzo acerca de un*

comportamiento antijurídico y un entendimiento razonable sobre el contenido nuclear y de los límites de las normas penales.

i) El principio de determinación se dirige al legislador, siendo su deber el emplear la técnica legislativa adecuada para dar leyes claras; ii) mientras que el mandato de taxatividad se dirige al juez penal, impidiéndole ir más allá del sentido literal posible de las normas penales, respetando la estructura del lenguaje; iii) También el principio de “lex certa” se dirige al Juez Penal a fin de que se rija por el principio de legalidad, respetando el sentido literal posible de la ley penal³⁹.

Gunther Jakobs: “Ley, (...), es toda norma jurídica escrita. En los reglamentos y decretos, la ley de delegación tiene que estar concretada en su contenido, objetivo y medida de modo que para el ciudadano sean previsibles los presupuestos de la punibilidad y la clase de pena ya a partir de la delegación (...)”⁴⁰

María del Carmen Cantizano: “Pero lo que no puede justificarse en absoluto es, so pretexto de esta lucha, la violación de principios básicos de nuestro Estado de Derecho, entre ellos el de legalidad, forzando interpretaciones de las normas penales, sin asidero dogmático y legal alguno, para así suplir las deficiencias probatorias o de otra naturaleza, que, sin duda van a minar el supuesto fundamento jurídico que sirve de sustento a muchos procesos ya iniciados en un afán más de búsqueda de chivos expiatorios, que en aras de sancionar auténticos hechos delictivos a la luz de la legislación vigente, la misma que presenta muchos defectos, pero no pueden ser pasados por alto o sencillamente ignorada para sancionar conductas que hasta el día de hoy resultan atípicas, (...)”⁴¹.

José Hurtado Pozo, señala lo siguiente:

No hay delito, no hay pena sin ley escrita. De esta manera se pone en primer plano el carácter escrito del derecho penal.

No hay delito, no hay pena sin ley precisa. La ley debe ser redactada de la manera más exacta posible para que los destinatarios sepan cuáles son los actos incriminados y la sanción que les corresponde.

³⁹ URQUIZO OLAECHEA, *El principio de legalidad*, cit., pp. 59, 62 a 66.

⁴⁰ JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, cit., p. 83.

⁴¹ GARCÍA CANTIZANO, “Algunas consideraciones sobre el delito de tráfico de influencias”, cit., p. 566. Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla (España) y profesora de Derecho Penal en la Universidad de Lima, precisa que ante los problemas originados por el destape de la red de corrupción, que han guiado los designios de este país en los últimos diez años, y que al pretender llevar a cabo el procesamiento de los presuntos responsables de los diversos delitos que se han cometido, se ha puesto de manifiesto, que la administración de justicia en nuestro país, entre otras muchas cosas importantes, no brinda la necesaria seguridad jurídica.

No hay delito, no hay pena sin ley estricta. Se trata de subrayar que una vez que la ley ha sido dictada, ésta llega a ser la única fuente para el Juez.

No hay delito, no hay pena sin ley previa. Si la regla de base estatuye que el delito o la pena deben estar previstos en la ley, (...) ⁴².

Marcial Rubio Correa: *“No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal «d» del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta (...)”* ⁴³.

El incremento de la violación del principio de legalidad por parte algunos miembros del órgano jurisdiccional en estos últimos años, se presenta al verificar interpretaciones extensivas de ciertos tipos penales, sin sustento, aduciendo la necesidad de combatir la delincuencia, sancionando a los autores o partícipes de delitos considerados graves, interpretando de manera incorrecta la ley, pese a la claridad como están descritas las normas penales; es decir, su comprensión no ofrece dificultad para ser interpretada por quienes tienen que administrar justicia, porque la redacción de las mismas no son oscuras, no son tipos penales abiertos o en blanco o no son vagas, son comprensibles, razón por la cual no es aceptable una decisión arbitraria, al realizar una interpretación más allá de su contenido, para “justificar” una privación de libertad.

Una ejecutoria suprema nos hace las siguientes precisiones: *“En virtud del mandato de determinación, constitucionalmente consagrado, el Estado en ejercicio de su actividad punitiva debe, al desarrollar cualquiera de las cuatro garantías derivadas del principio de legalidad (criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución), observar la triple exigencia derivada de aquel (carácter previo, escrito y estricto de sus previsiones)”* ⁴⁴.

Pese a la existencia de normas expresas en la Constitución Política sobre la proclamación formal del principio de legalidad, éste es violado en forma

⁴² HURTADO POZO, José, cit, p, 162.

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de abril de 2003 en el Exp. N° 2050-2002-AA/TC (en RUBIO CORREA, Marcial, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, p. 196).

⁴⁴ Exp. N° 169-98- 20 mayo de 1998 (en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 65, febrero, Lima, 2004, p. 277).

constante, por los encargados de legislar, al introducir en el ordenamiento penal, leyes punitivas algunas veces sin precisar en forma expresa la lesión del bien jurídico o daño social que se ocasiona al perpetrar un hecho considerado como delito, lo que origina una marcada limitación a la libertad personal en contra del imputado; tales como: tipos penales que integran el denominado derecho penal simbólico o del enemigo, que pueden ser aquellos que aparentan un horizonte de “mayor” seguridad ciudadana, pero en el fondo no tienen la significación que se persigue con la aplicación de la norma penal o el de ocultar su verdadero rostro de irracionalidad en la pretensión punitiva, sino que muchas veces está orientado a perseguir y sancionar a determinadas personas.

Pero, además en las instancias judiciales, muchas veces, no respetan las garantías que protege los derechos fundamentales, al dictar resoluciones que la vulneran, sobre todo, cuando se priva de libertad a un imputado al no tomar en cuenta que las conductas prohibidas están claramente delimitadas en la ley, basado en el mandato de determinación, violándose el principio de legalidad penal, cuando los jueces están obligados de velar y respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos que por una u otra razón son sometidos a un proceso penal, ante la imputación de haber cometido un hecho punible, muchas veces, verificando una interpretación extensiva de la norma penal o sin pruebas o indicios razonables o elementos de juicio reveladores de la comisión de un delito o su vinculación a él, siendo inocentes o existe una evidente duda en su participación.

Estas violaciones a los derechos fundamentales son corroboradas en diversas sentencias dictadas por instancias internacionales y el Tribunal Constitucional- máxime intérprete de la Constitución Política, cuando el justiciables recurre a un proceso constitucional de hábeas corpus, quienes en última instancia se pronuncian declarando fundada la demanda y disponen el cese del derecho fundamental violado, como el de libertad; muchas veces decretadas al inicio del proceso penal, precisando que no se pronuncian sobre el fondo del asunto por ser competencia exclusiva del órgano jurisdiccional.

II. 1. 2. 4.- EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL

Está consagrado en el literal “d” del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución política del Perú: *“Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”*. En el Código Penal se encuentra legislado en el artículo II del Título Preliminar: *“nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, (...)”*. Se configura como un derecho subjetivo constitucional a favor de todos los ciudadanos.

A nivel internacional, en el artículo 7º numeral 2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la validez de la detención judicial preventiva no sólo está condicionada a la observancia del principio de legalidad, esto es, que las causales que originan que se legisle estén previstas en el derecho interno, se encuentren justificadas de acuerdo a la Constitución Política.

Igualmente, ha sido recogido por los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tales como:

- a.- La Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11, numeral 2).
- b.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 9).
- c.- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15).
- d.- También en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 04 de noviembre de 1950.

La vinculación de la norma internacional y la Constitución Política respecto a los principios constitucionales es directa, pues la Carta Magna garantiza y protege los derechos fundamentales, como es obvio nuestro país es parte de la Convención de San José e inclusive ha reconocido expresamente su competencia.

Antecedente se remonta al principio universal del *“nullum crimen nulla pena sine lege”*, fórmula que obliga al Estado a establecer reglas, señalando que un hecho es un delito y la pena que merece, antes de comisión.

II. 1. 2. 5.- JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Algunas ejecutorias dictadas a nivel internacional y nacional, no solamente se limitan a establecer que se ha violado dicho derecho fundamental, sino que, además se fijan los requisitos que se debe tener en consideración, tanto por los legisladores, así como también, por los integrantes del órgano jurisdiccional, al constituir una garantía a favor de las personas; asimismo, precisan el límite que debe tener el Estado para sancionar a los procesados o privarlos de su libertad, valiéndose de las leyes o cuando son interpretadas extensivamente, por los encargados de su aplicación en un caso concreto.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de Castillo Petruzzi y otros, señala: *“El principio de legalidad es la piedra basal del estado de derecho y principio estructural del Derecho Penal.(...), se despliega en una serie de principios: i) De la garantía criminal; ii) de la garantía penal; iii) de la garantía jurisdiccional; iv) de la ejecución penal; v) de la irretroactividad y prohibición de la retroactividad desfavorable; vi) de prohibición de la analogía; vii) de reserva de la ley y de ley orgánica; viii) de la proporcionalidad o conmensurabilidad de la pena; ix) de la prohibición de la creación judicial del derecho; x) de la reforma peyorativa de la Sentencia o reformatio in peius”*⁴⁵.

En el caso Lori Berenson, igualmente.- 182 *“(...) en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. (...) exige la concreción de la correspondiente prescripción, en el sentido de que exista una definición clara, precisa y suficiente acerca de la conducta del comportamiento ilícito, así como de los efectos que se derivan de éstos, o sea de las sanciones. De esta manera la tipicidad cumple una doble función, la de garantizar por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca qué comportamientos son sancionados, y de otro, proteger la seguridad jurídica”*⁴⁶.

⁴⁵ Sentencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petruzzi y otros (30 de mayo de 1999).

⁴⁶ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Lori Berenson (11.876) contra la República del Perú, en Revista de Diálogo con la Jurisprudencia N° 75, Diciembre 2004, año 10, pp. 299 y ss.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la denuncia formulada por Wilson García Asto y Urcasino Ramírez Rojas: *“En desarrollo del principio de legalidad en un Estado de Derecho, corresponde al legislador determinar las conductas o comportamientos que por atentar contra bienes jurídicos. (...). La CIDH ha sostenido que: Entre las protecciones destacadas por la Comisión figura el requisito de que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal”*⁴⁷.

El Tribunal Constitucional peruano, sostiene: *“no sólo exige que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas (Lex Certa)”*⁴⁸.

En la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los Decretos Leyes sobre terrorismo, señala: *“exige que no sólo por ley se establezcan los delitos (...). Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes indeterminadas y, constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional (...) El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la ley es una prescripción dirigida al legislador para que éste dote de significado unívoco y preciso el tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho sea verificable con relativa certidumbre”*⁴⁹.

La Corte Suprema: *“El Código Penal vigente, en su Título Preliminar, enarbola un conjunto de principios garantistas, entre los que destaca el de legalidad (...), por lo que, si la Sala Penal Superior ha procedido a disponer al sentenciado, además de la pena de privación de libertad, la pena de inhabilitación, no obstante, que los ilícitos por los que fue comprendido son sancionados únicamente con pena privativa de libertad, es el caso declarar la nulidad en este extremo de la Sentencia (...)”*⁵⁰.

En las sentencias antes referidas tenemos que el principio de legalidad es un derecho que el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta a fin de poder

⁴⁷ Informe N° 27/04 de la Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH. Denuncia presentada por Wilson García Asto y Urcasino Ramírez Rojas, de 11 de marzo de 2004.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 010-2002-Lima, de 03 de enero de 2003.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional sobre Acción de Inconstitucionalidad, Exp. N° 010-2002-AI/TC (en Revista Diálogo con la Jurisprudencia, N° 53, febrero, Lima, 2003, p. 27).

⁵⁰ CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner y VALLADOLID ZETA, Víctor, Jurisprudencia Penal, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Jurista Editores, Lima, 2002, p. 13.

privar de libertad o sancionar a un procesado por un delito, sobre todo, que el hecho y la sanción, deben estar previamente señalada en la ley de manera expresa e inequívoca, debiéndose describir o determinar, en forma abstracta y objetiva, la conducta constitutiva de la infracción penal, que atentan contra los bienes jurídicos merecedores de protección y sean reprochables, garantizando la libertad y seguridad personal al imputado, desde el inicio del proceso penal, y, para su aplicación a un caso concreto tiene que haber sido promulgado con anterioridad al delito cometido, entrando en vigencia a partir del día siguiente de su publicación – salvo que sea favorable al procesado –, basado en el principio de retroactividad de la ley penal. Asimismo, el órgano jurisdiccional no debe verificar una interpretación extensiva o analógica; porque toda norma penal debe estar claramente establecida o definida lo sancionable.

La determinación de la ley penal es una garantía de los derechos fundamentales que tiene toda persona sometida a un proceso penal y nace desde el momento en que el legislador proyecta una norma penal describiendo de manera clara, expresa, inequívoca y precisa los actos o comportamientos u omisiones consideradas como delitos; además, que debe significar un conocimiento previo por los destinatarios de la norma penal, cuáles son los comportamientos prohibidos y con qué penas se amenaza su realización, pues sólo así podrán representar una función disuasiva de la comisión de hechos considerados como delitos, bajo la premisa de proteger la libertad individual y seguridad jurídica, desde el momento en que el derecho penal adquiere una legítima función preventiva y no represiva. Pero, en nuestra realidad ante el evidente crecimiento de inseguridad social, existe una tendencia, casi generalizada, en todos los congresos y gobiernos de turno, al endurecimiento de las penas, sancionando el resultado, sin dictar medidas preventivas, ni mucho menos quienes legislan no conocen las causas que originan lo hechos que motiva la promulgación de la ley.

II. 1. 2. 6.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL PENAL.

Este principio tiene sustento en el apartado d) del inciso 24 del artículo 2º de la Constitución señala: “Nadie será procesado (...), concordado con el artículo 3, e incisos 3 y 10 del artículo 139º de la Carta Magna, la misma que se puede recoger con la formula *nulla poena sine iudicio*, en las que se plasman todas las garantías del justiciable y comprenden al debido proceso; porque el de legalidad penal nos describe la conducta o el acto que debe realizar el autor o partícipe del hecho para la comisión u omisión de un delito; y, ésta no podría aplicarse si no se recurre a un proceso penal que tiene sus reglas señaladas con anterioridad, al fijarle límites al Estado, cuando se recurre al órgano jurisdiccional encargada de organizar y dar forma al proceso como garantía a los sujetos procesales, para aplicar la sanción descrita en caso de ser encontrado responsable o absolverlo si no lo fuera.

Asimismo, reconoce la existencia de individuo – Estado, al tener por objeto proteger a la persona, estableciendo un equilibrio entre ellos, excluyendo la arbitrariedad por parte del último al salvaguardar la libertad personal y la seguridad jurídica que se persigue en un proceso penal con la aplicación de la ley procesal; pero sin embargo, muchas veces por circunstancias coyunturales se dictan leyes que perjudican a los procesados (ampliación de plazo de instrucción, prolongación de la detención preventiva judicial y prescripción), al ser aplicados en forma retroactiva, lo que a nuestro criterio no es procedente al afectar derechos fundamentales como la libertad; si bien es cierto dichas normas entran en vigencia al día siguiente de su promulgación, pero debe regir el principio de ultractividad benigna de la ley de acuerdo a los principios constitucionales de *favor libertatis*, tal como lo precisan los artículos 3 de la Constitución: “*La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye a los demás que la Constitución garantiza (...) I, V, VI y VII del Título Preliminar del NCPP – 2004, es decir, son derechos fundamentales que tiene protección constitucional.*

Al respecto, Enrique Bernal Ballesteros, reconocido constitucionalista al referirse al artículo 3 de la Constitución señala: “*El constituyente pretende, con*

este artículo, que al aplicar la Constitución la enumeración e derechos de la persona no se ciña exclusivamente a los consignado en el artículo 2. También serán tomados como derechos todas las demás disposiciones constitucionales que tengan carácter de tales. Esto es muy importante porque la protección de los derechos constitucionales se hace mediante las acciones constitucionales. Por consiguiente, reconocer como derechos constitucionales a todos los establecidos en el texto, aunque están luego del artículo 3, habilita para utilizar las acciones en su defensa”⁵¹

Pese a existir una norma constitucional, sobre el respeto al debido proceso, en los últimos años se han dictado una serie de leyes relacionadas con el Derecho Procesal Penal que modifican el trámite de un proceso, en cuanto al plazo de instrucción o detención preventiva judicial, motivo por el cual consideramos se viola la garantía de la irretroactividad de la ley procesal, señalada como una barrera a los intentos del Estado - bajo al pretexto del *ius puniendi*-, pues en virtud de ella, los imputados permanecen privados de su libertad por un tiempo más allá del plazo razonable, que si bien es cierto, esta garantía no se encuentra precisado de manera expresa en la Constitución, pero de acuerdo a sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional están inmersos en el inciso 3 del artículo 139 de la Carta Magna y por los Tratados Internacionales.

El proceso penal se manifiesta como una sucesión de actos, sin embargo, es considerado como una unidad valorativa, al estar integrados por una serie de acciones a las que se les otorga una unidad; y como tal, este aspecto procesal no puede ser alterado en virtud de normas, desde el momento que la Constitución señala un régimen de garantías y de restricciones garantizadoras sobre el derecho de penar del Estado; es decir, la ley penal y la ley procesal penal, se relacionan estrechamente, motivo por el cual, al no tomarse en cuenta estas protecciones se configura como una arbitrariedad estatal en el ejercicio del *ius puniendi*, por lo que no procede aplicar normas procesales que restrinja, modifique o elimine derechos o garantías que existían a favor de quienes se encuentran procesados penalmente.

⁵¹ BERNALES BALLESTEROS, Enrique, “La Constitución de 1993- Análisis Comparado” Editora RAO S.R.L., 5ta edición, Lima, 1999, pg. 187.

El tribunal Constitucional en diversas sentencias ha sostenido la aplicación de una ley procesal retroactivamente, aún cuando sea perjudicial al procesado, al igual que lo resuelto en el Exp. N° 01805 – 2005 – HC/TC– del 29 de abril de 2005: *“(En) las normas procesales penales rige el principio tempus regit actum, que establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolver. Esto supone la aplicación inmediata de la ley procesal, más no que a través de ellas se regulen actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior”*

Hemos mencionado los dispositivos constitucionales y legales que existen respecto a la aplicación retroactiva de la Ley, concretamente el artículo 103 de la Constitución Política: *(...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (...)*”. El principio de oficialidad, se presenta como la obligación de promover y ejercer la acción penal en contra de quien ha cometido un hecho punible – hasta que se dicte la sentencia –, por los medios y procedimientos previstos en la ley procesal, a fin de establecer si la imputación formulada constituye delito y el denunciado tiene la condición de autor o partícipe, por lo que, constituye una función garantizadora. El Derecho Penal utiliza como instrumento al Derecho Procesal Penal a fin de aplicar la sanción a quien cometió el delito; y es mediante el Derecho Penitenciario – Código de Ejecución Penal –, el encargado de ejecutar la pena impuesta, existiendo una estrecha relación entre dichas disciplinas.

Es decir, a mi criterio, en modo alguno, no pueden estar desligadas, sino todo lo contrario, éstas se encuentran concatenadas, motivo por el cual sostener como lo viene haciendo el Tribunal Constitucional: “que la retroactividad benigna solo es aplicable, única y exclusivamente en materia penal cuando es favorable al reo”, verificando una interpretación restrictiva del artículo 103 de la Constitución Política, al considerar que solamente es aplicable a la ley sustantiva y no a las leyes procesales o penitenciarias, sin tener en cuenta, que la derogación o modificación de éstas, se llevan a cabo no por motivos jurídicos, sino muchas veces por cuestiones coyunturales,

políticas o sociales y en algunos casos hasta dirigidas a determinadas personas o grupos.

Al respecto, es necesario reflexionar sobre lo que sostiene Luigi Ferrajoli: *“Dicho endurecimiento frecuentemente traer aparejada vulneraciones a principios rectores como el de culpabilidad o proporcionalidad, lo que se explica por la motivación coyuntural o populista de nuestros legisladores”*⁵²

Observamos que en nuestro país sucede lo mismo, en materia penal, procesal penal y penitenciario, en los últimos años se han incrementado la promulgación de leyes, aumentando penas, adoptando mecanismos restrictivos que no favorecen a los procesados o condenados, a quienes se les aplica al día siguiente de su publicación, es decir, con posterioridad al hecho cometido, en evidente perjuicio y vulneración del derecho fundamental de la libertad del procesado, creando una inseguridad jurídica, sobre todo, cuando el motivo que se esgrime es para impedir que los que han cometido determinados delitos en estricta aplicación de la ley vigente- inclusive- en pleno proceso penal- obtengan su libertad, sosteniendo el Tribunal Constitucional que rige la norma procesal o penitenciaria al instante de la realización del acto *tempus regit actum*, violando los derechos fundamentales y la seguridad jurídica.

El Tribunal Constitucional, en años anteriores fue de distinto parecer, Exp. N° 873- 00- HC/TC (Luis Alberto Heraldo Jaramillo: *“No puede dejar de relievesse que cuando el artículo 137 del CPP, otorga la libertad por exceso de detención, lo que ofrece en realidad es un paliativo a la eventual injusticia ocasionada por la lentitud o ineficiencia en la administración de justicia, optando por el mal menor que un culpable salga libre, frente al mal mayor de que un inocente permanezca encarcelado en espera de su tardía absolución definitiva. En tales circunstancias, es obvio hacer prevalecer que el derecho de todo individuo a ser juzgado en un tiempo razonable, es una forma de anteponer la persona al Estado, tal cual lo proclama el artículo 1 de la Constitución”*.⁵³

⁵² FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*. Trotta, Madrid, 1995, p. 21, citado por Huber Huayllani Vargas, en artículo *“Alcances sobre la irretroactividad de la Ley penal y procesal penal desfavorable”*, en *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 139, abril 2010, p, 253.

⁵³ HUAYLLANI VARGAS, Huber, *idem*. p, 259

Alberto Binder, sostiene: *La irretroactividad de la ley procesal es una manifestación más – muy importante – del intento común de ponerle frenos al Estado para evitar que las personas sean encarceladas por motivos distintos de la comisión de un hecho punible. Este hecho, que se desea evitar, se podría dar tanto por la manipulación de la configuración de los delitos como- mucho más aún- por la manipulación de la forma como está estructurado el proceso. Por lo tanto, el principio garantista fundamental consiste en la irretroactividad de la ley procesal penal*".⁵⁴

En el mismo sentido opina Cobo del Rosal y Vives Antón, al señalar: *"En todos aquellos casos en que una ley procesal posterior al delito disponga una disminución de garantías o implique cualquier clase de restricción de la libertad, no regirá la regla tempus regit actum, sino que se aplicará la legislación vigente en el momento de realizarse la infracción presupuesto material al que tales consecuencias procesales se hallan indiscutiblemente ligadas"*.⁵⁵

En la misma línea Huber Huayllani, sostiene: *"Sobre el particular, el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 15. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no distinguen entre normas materiales, procesales o penitenciarias, sino que únicamente proscriben la retroactividad de la ley penal perjudicial.*

Un principio esencial del Derecho Penal consiste en adoptar la interpretación más favorable, lo que implica proscribir toda concepción restringida de la cláusula constitucional. Así, la prohibición de retroactividad perjudicial alcanza inevitablemente a las normas de ejecución penal que afectan la libertad del condenado puesto que, como ya se ha sostenido, la regulación de los beneficios penitenciarios obedecen a las reglas de la prevención especial, es decir, que se halla bajo los alcances de la individualización de la pena".⁵⁶

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señala: *"Esta obligación por arte del Estado, debe estar enmarcada dentro de los parámetros legales que permita adelantar tales procedimientos sin afectar la libertad de*

⁵⁴ BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Copyright BY d- hoc s.r.l, Buenos Aires Argentina, Primera edición abril 1993, p 130

⁵⁵ COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, citado por Huber Huayllani Vargas, en artículo *"Alcances sobre Irretroactividad de la Ley Penal y Procesal Penal"* publicado en la Revista *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 139, Abril de 2010, año 15, p 258.

⁵⁶ HUAYLLANI VARGAS, Huber, op cit. p, 259.

aquellas personas que sean ajenas a los hechos y a la vez, cuando san identificados los presuntos responsables, se les brinde durante la investigación y juzgamiento, las garantías consagradas en los instrumentos internacionales que el Estado se ha obligado a respetar. (...)

Estas garantías provienen de un conjunto de normas establecidas en instrumentos regionales e internacionales de los derechos humanos, que buscan rodear al imputado de las protecciones sustantivas y procesales en la determinación de las acusaciones penales (...) y abarcan ciertos procedimientos del derecho penal como la presunción de inocencia, la preexistencia de la ley y de la pena al acto que se le imputa, el no juzgamiento dos veces de un mismo hecho, el derecho a ser escuchado con las debidas garantías dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente e imparcial, junto a un número no taxativo de garantías procesales esenciales para un juicio justo”.⁵⁷

De lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al referirse al principio de legalidad penal señala que ésta se hace extensiva al procedimiento cuando afecten a la libertad personal, debiéndose brindar las garantías durante la investigación y juzgamiento, al guardar estrecha relación entre las normas penales y las procesales, sobre todo en lo que respecta al plazo razonable, que es justamente la garantía más vulnerada, al modificarse las reglas de juego, luego de haberse iniciado el proceso penal, tanto en el plazo que debe durar un proceso, como también en lo que respecta a la prolongación de la detención preventiva, llegando al extremo de una duplica automática del plazo, sin la necesidad de dictar resolución alguna en evidente perjuicio de la persona que se encuentra privado de su libertad, llegando al extremo el Tribunal Constitucional, no solamente de considerar procedente la duplica de la medida, sino lo que es más grave, llegar al extremo de ampliarla hasta 72 meses, plazo que resulta irrazonable y no proporcional.

⁵⁷ Informe 27 / 04, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 12. 413 y 12.423 Wilson García Asto y Urcesino Ramírez Rojas. op cit, p, 13.

II. 1. 2. 6.- LEGALIDAD PENITENCIARIA.

En el Derecho penitenciario el artículo VIII del Título Preliminar del Código de Ejecución penal precisa: *“La retroactividad y la interpretación de este Código se resuelven en lo más favorable al interno”*, concordado con la garantía del respeto a la persona y la dignidad, que es el fin supremo de la sociedad y el Estado. Asimismo, la Constitución Política del Estado en los incisos 3, 10 y 22 del artículo 139, ésta última señala como garantías para el sentenciado: *“rehabilitación, reeducación, reincorporación a la sociedad; y tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional éstas no se cumplen cuando se legisla recortando todos los beneficios penitenciarios, al condenado en determinados delitos considerados como graves, por lo que, ante una situación como ésta, consideramos que se debe aplicar el control difuso. Es indudable, que hay dos leyes en conflicto, esto es, la que rige en el Código de Ejecución penal y la ley que recorta los beneficios penitenciarios en forma total o parcial, ante esta situación el juzgador debe tener en cuenta la que beneficia al sentenciado, ante un interés realista sobre esta situación, al igual que doctrinario.*

El tribunal Constitucional en otra sentencia sostuvo la aplicación temporal de la ley penitenciaria, si se dictara una posterior que es más gravosa o restrictiva para los derechos del procesado o condenado, se aplica la más favorable, esto es, prima el principio de ultractividad: *“1.- (...) En efecto, si una nueva ley resulta más gravosa o restrictiva para los derechos del procesado o condenado, el juzgado debe decidirse por la más benigna, es decir, por aquella que no importe una restricción más severa o penosa de su libertad individual.*

2.- En el caso de autos, en que se produjo la refundición de las penas que se le impusieran al actor, a efectos de fijar cuál es la ley más benigna, cabe precisar lo siguiente: a.- (...) se le impuso quince años de pena privativa de libertad por los delitos previstos en los artículos 296 y 297 del C.P., b) (...) el actor fue condenado a veinticinco años de pena privativa de libertad por la comisión del delito tipificado en el artículo 297, inciso 4) del CP.; c) la primera sentencia estuvo referida a hechos acaecidos en el año 1992, cuando estuvo vigente la Ley de despenalización N ° 24388 que no contemplaba la prohibición del beneficio penitenciario de semilibertad; y, d) cuando se expidió la segunda sentencia, regí la Ley N ° 26320,

que expresamente estableció la prohibición del beneficio penitenciario de semilibertad para los sentenciados por el delito contemplado en el artículo 297 del Código Penal.

3.- En este contexto, en que operó una refundición de penas para su tratamiento penitenciario, cabe afirmar; de conformidad con la normativa constitucional (artículos 103 y 139, inciso 11), que si una nueva norma procesal como la Ley N° 26320 resultaba menos ventajosa que la ley anterior en lo que respecta a la aplicación del beneficio penitenciario de semilibertad, no puede tener efecto retroactivo, por su carácter evidentemente perjudicial.

4.- Por consiguiente, el emplazado órgano judicial, a efecto de la aplicación temporal de las leyes materia de autos, debió tener en cuenta la aplicación de la Ley N° 24388 para su aplicación ultractiva, por ser más benigna para resolver la petición de semilibertad planteada por el actor.

FALLA: (...) la declara fundada (...) Ordena (...) dicte nueva resolución sobre la petición de semilibertad del actor, de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente sentencia⁵⁸

Tal como se verifica en esta sentencia dictada por el Tribunal Constitucional a raíz de acción de Hábeas Corpus – ahora proceso constitucional –, interpuesta por una persona que había sido sentenciado por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas en dos oportunidades, en una de ellas por una modalidad que reviste gravedad y con la prohibición de conceder beneficios penitenciarios, luego de operada la refundición de penas, consideró que ante la existencia de una nueva ley procesal más gravosa que la anterior, no puede tener efecto retroactivo cuando perjudica al procesado o condenado y que la ley derogada o modificada es de aplicación el principio de ultractividad, es decir, se aplica más allá de su vigencia por ser más benigna, sosteniendo dicha sentencia que la misma se fundamenta en los artículos 103 y 139, inciso 11 de la Constitución Política, respecto a la aplicación de la ley en materia penal cuando favorece al reo o en caso de duda al procesado o ante un conflicto de leyes penales, como en este caso que motivó este proceso constitucional.

⁵⁸ Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional. Exp. N° 804 – 2002- HC/TC- La Libertad, el 9 de julio de 2002, publicada en la Revista Diálogo con la Jurisprudencia N° 124, p 253.

Hurtado Pozo, citado por Hugo Vizcardo, sostiene: *“que esta manera de enfocar el problema no es del todo correcta. Si bien es justificado pensar que generalmente la razón por la que el legislador modifica la ley procesal es mejorar la administración de justicia, no siempre es la única o la más importante. Con frecuencia, el motivo es el afán de acentuar el efecto intimidatorio (prevención general) de la represión penal, y esto no corresponde necesariamente a un mejoramiento en la administración de justicia. Además, en los casos en que el legislador actúe verdaderamente motivado por este interés, no significa que siempre y necesariamente escoja la solución correcta y justa”*.⁵⁹

La Ley N° 27770, en el artículo 1 – objeto de la ley – “regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios a aquellos que cometen delitos graves contra la administración pública”. En el artículo 3 señala que los condenados por tales delitos no podrán recibir los beneficios penales de conversión de pena y reserva de fallo condenatorio. Pero, es el caso, que resulta incoherente que se legisle precisando esta prohibición, cuando del texto de los dispositivos penales se desprende que los procesados y condenados por estos delitos no pueden tener tales beneficios, que solamente lo pueden obtener cuando tengan una pena no mayor de 2 o 3 años, respectivamente, motivo por el cual resulta innecesario hacer dicha prohibición.

En el inciso a) del artículo 4 se dispone que los condenados por los referidos delitos pueden redimir sus penas por trabajo y educación a razón de un día de pena por cinco días de labor efectiva o de estudio debidamente comprobada; y, en los incisos b) y c), precisan que para gozar del beneficio penitenciario de semilibertad, procede cuando se haya cumplido las dos terceras partes de la pena y para gozar de liberación condicional las tres cuartas de pena, precisando que en ambos casos deberán pagar el íntegro de la reparación civil y de la multa fijada en la sentencia, si no la abonan no pueden ser acreedores a tales beneficios.

⁵⁹ HURTADO POZO, José, en artículo de Hugo Vizcardo, Wilfredo, “La aplicación temporal de la ley penitenciaria”. En la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, publicado en la Revista Diálogo con la Jurisprudencia N° 124, p. 257

Es decir, una persona condenada a una determinada pena privativa de libertad efectiva, no puede acceder a dichos beneficios cuando no paga el total del monto de la reparación civil señalada en la sentencia, debiendo por este motivo cumplir con la pena fijada, lo cual resulta inconstitucional a tenor de lo prescrito en el párrafo c, del inciso 24 del artículo 2º de la Constitución que señala. *“No hay prisión por deudas”; al igual que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*⁶⁰; razón por la cual un sentenciado no puede ser objeto de la vulneración de su libertad por el incumplimiento de obligaciones que se encuentra relacionado con el ámbito civil. De tal manera, consideramos que un condenado no debe seguir privado de su libertad, pese al cumplimiento de los requisitos para que se le otorgue un beneficio penitenciario, basado en una ley que se los impide, más aún, cuando existen normas en el aspecto civil para hacer efectivo su cobro, la misma que a mi criterio es inconstitucional.

El pretender fundamentar que el pago de la reparación civil debe verificarse en su totalidad, porque se trata de un daño ocasionado por la comisión de un delito, motivo por el cual se encuentra previsto en el Código Penal y como tal, constituye una pena accesoria a la principal, más no una regla de conducta, cuya inobservancia o incumplimiento en el pago, origina en el no otorgamiento de un beneficio penitenciario o la revocación de una condena condicional, pero en la realidad, verificamos que estas leyes son dictadas para impedir la libertad de un procesado o sentenciado por determinados delitos o personas, a fin de que sean aplicadas retroactivamente. Es decir, se pretende dar privilegio al enriquecimiento del erario nacional o el carácter disuasivo de la aplicación de la pena, en contra de la libertad personal, ante el incumplimiento del pago del daño ocasionado por la perpetración de un hecho punible.

⁶⁰ Constitución Política.- Artículo 2. (...): 24. (...): c. *No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, segundo párrafo del artículo XXV. “Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil”*

Una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional

“j.3. “3. Principio de interdicción de prisión por deudas.- Contenido y excepciones. “(E)l artículo (artículo 2, inciso 24), literal c, de la Constitución) prohíbe la prisión por deudas, con ello se garantiza que las personas no sufran restricción de su libertad locomotora por el incumplimiento de obligaciones, cuyo origen se encuentra en relaciones de orden civil. La única excepción a dicha regla se da, como la propia disposición constitucional lo señala, en el supuesto de incumplimiento de deberes alimentarios, toda vez que en tales casos están de por medio los derechos a la vida, la salud y la integridad del alimentista, en cuyo caso el juez competente puede ordenar la restricción de la libertad individual del obligado”.

(...): “(El principio de interdicción de prisión por deudas) – y la garantía que ella contiene – no se extiende al caso del incumplimiento de pagos que se establezcan en una sentencia condenatoria. En tal supuesto no es que se privilegie el enriquecimiento del erario nacional o el carácter disuasorio de la pena en desmedro de la libertad individual del condenado, sino fundamentalmente la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que debajo de ella subyacen, como son el control y la regulación de las conductas de acuerdo a ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados”.⁶¹

El Código penal de manera expresa señala que no es una pena.⁶²

Nuestra posición es corroborada de acuerdo a lo señalado en la Constitución que en materia penal, al precisar que las normas tienen que estar descritas en forma expresa e inequívoca, tal como está indicado en los dispositivos antes referidos, inclusive cuando se indica que la reparación civil es solidaria entre el autor del delito y los terceros civilmente obligados,

⁶¹ Exp. N° 0948 – 2009 – PHC/ TC, f. y publicada en la página web el 22 de mayo de 2009

⁶² Código Penal.- el Título II -(...) I- clases de pena:- a) privativas de libertad, b) restrictivas de libertad (la expatriación de nacionales y expulsión del país, tratándose de extranjeros-artículo 30 del CP), c) limitativas de derechos (prestación de servicios a la comunidad, (...), artículo 31 del CP), d) multa.

En el capítulo VI, bajo el rubro “De la reparación civil y consecuencias accesorias”. Artículo 92 del CP “La reparación civil se determina conjuntamente con la pena”. El artículo 93: “La reparación comprende: 1) La restitución del bien o, si no es posible el pago de su valor; y, 2) La indemnización de los daños y perjuicios.” El artículo 95: La reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados.” El artículo 96: “La obligación de la reparación civil fijada en la sentencia se transmite a los herederos del responsable hasta donde alcancen los bienes de la herencia. (...)”. El artículo 98: “En caso que el condenado no tenga bienes realizables, el Juez señalará hasta un tercio de su remuneración para el pago de su reparación civil”.

además, de que se transmite a los herederos, o sea, que no es considerada como pena. Además, los artículos 1969 ss y 1985 del C.C.⁶³

Para corroborar nuestra posición, se tiene las siguientes ejecutorias:

“La reparación civil surge a partir de la comisión de un delito, pues, si bien todo delito acarrea como consecuencia la imposición de una pena, también da lugar al surgimiento de una responsabilidad civil, cuyo monto debe fijarse teniendo en cuenta las condiciones económicas del procesado” (Exp. 1758- 2002- Callao).

“(…), busca la reparación del daño ocasionado a la víctima; esta reparación comprende la restitución del bien materia del delito o de su valor y el pago de los daños y perjuicios; la reparación civil de rige además por las disposiciones del Código Civil, por lo que para determinarla se debe tener en cuenta el daño emergente, el lucro cesante y el daño de la persona” (ESU 30/06/97-SPA CSJLima)

“La reparación civil no constituye parte integrante de la pena, pues su pago no está sujeto al plazo de duración de la ejecución de la pena o al de prescripción de la pena; por lo que se mantiene el derecho del agraviado o de la parte civil a hacer efectivo el pago, aun después del plazo de ejecución de la pena”.11/10/99 SPCSJ de Lambayeque Exp. 638 – 97).

“El pago de la suma fijada por concepto de reparación civil no constituye regla de conducta, no pudiendo condicionarse la ejecución de la pena a la exigencia de su pago; debiendo en todo caso, utilizarse los mecanismos procesales de carácter civil”. (ES 15/12/97. EXP. 806-97- Apurimac)⁶⁴

Asimismo, verificamos que el Tribunal Constitucional, en otra sentencia, sostiene: *“(L)a exigencia del pago de la reparación del daño ocasionado por la comisión del delito, como regla de conducta cuya inobservancia derivaría en la revocación de la suspensión de la pena, tiene asidero en que dicha obligación no es naturaleza civil, por cuanto, al encontrarse dentro del ámbito del Derecho Penal, constituye una condición para la ejecución de la pena, consecuentemente, no es que se privilegie el enriquecimiento del erario nacional o el carácter disuasivo de la pena en desmedro de la libertad individual del condenado, sino, fundamentalmente,*

⁶³ *“Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”. “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido”, respectivamente.*

⁶⁴ *Sentencias referidas se han publicado en la Revista “Actualidad Jurídica”, año 2005, Tomo 134, Enero de 2005, p.107*

*la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen, como son el control y la regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados”.*⁶⁵

Esta sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el año 2010, consideramos, igualmente, es inconstitucional porque la reparación civil si bien es cierto es una consecuencia de la pena que se le impone a quien cometió un hecho delictivo, también es bastante cierto que de conformidad con lo prescrito en el artículo 57 del Código Penal, lo que se suspende es la ejecución de la pena privativa de libertad y no se extiende a la reparación civil, por no ser una pena, ni está dentro del *ius puniendi* del Estado, toda vez que el pago de la misma se encuentra normado en el Código Civil.

Ejecutoria suprema: “*que, por tanto, la suspensión no se extiende a las demás penas principales y accesorias y, menos, a la reparación civil- esta última como es obvio no es una pena ni está dentro de los límites del ius puniendi del Estado, e incluso las reglas de prescripción en orden a su ejecución están normadas en el artículo 2001 del Código Civil -; que, en tal virtud, aun cuando fuera procedente el artículo 71 del Código Penal y, en su caso, la rehabilitación prevista en el artículo 79 del Código Penal, ello no obsta a que el condenado deba pagar la reparación civil (...) no pueda significar entonces que igualmente se extingan las penas no suspendidas y, menos la exigencia de la reparación civil, por lo que en tal supuesto la orden judicial sólo debe comprender la desaparición de la condena impuesta a una pena privativa de libertad (...)*”⁶⁶

Resulta, por lo tanto – a nuestro criterio –, inconstitucional esta parte de la ley en mención, así como las sentencias dictadas últimamente por el Tribunal Constitucional, toda vez, que la única excepción señalada en la Carta Magna, es en lo referente al incumplimiento de deberes alimentarios, más no como una exigencia impuesta en una sentencia condenatoria, porque ella no se encuentra prevista en el marco constitucional, para lo cual ha de tenerse en cuenta que solamente se pueda legislar sobre lo que está permitido y no como se ha hecho en esta ley, porque la eficacia de *ius*

⁶⁵ Sentencia en el Exp. N° 02825 – 2010- PH / TC, publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 15 de noviembre de 2010.

⁶⁶ Ejecutoria suprema Exp. N° 2476 – 2006. RN, del 20 de abril de 2006, publicada en Códigos Grijley- Penal 10 edición, Editora Jurídica Grijley, Lima Perú, 2007, p. 57

puniendi del Estado no se encuentra en privar de libertad de un sentenciado hasta que cumpla la totalidad de la pena impuesta por no pagar el íntegro de la reparación civil.

Más aún, si a todo ello agregamos que los artículos del Código Penal, antes mencionados, señalan que no es una pena, sino una consecuencia accesoria, motivo por el cual, no tiene sustento constitucional, jurídico ni lógico esta exigencia. Es más, no se toma en consideración lo que acertadamente sostiene el maestro Eduardo Mimbela de los Santos, **“Los presos no son cadáveres vivientes que la sociedad los encierra de pie en las cárceles”**.

Esta ley se viene aplicando a los hechos cometidos con anterioridad a la sentencia, dictada con fines no jurídicos, sino coyunturales o políticos, no puede ni debe ser aplicada en forma retroactiva, como viene sucediendo, bajo el sustento de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, que es el máximo intérprete de la Constitución Política, al sostener que el contenido de la mencionada ley es aplicable a partir del momento en que se solicita el beneficio penitenciario o realiza el trámite procesal, más no cuando se cometió el delito, por lo que verificamos que el órgano jurisdiccional ante estos pedidos lo resuelve en forma negativa, para los efectos de la obtención de beneficios penitenciarios.

La facultad que tiene el Estado de normar en diversos ámbitos y de sancionar actos o conductas cuando contravienen estas, en especial cuando se refieren a derechos fundamentales se encuentran limitada por principios que se fundan en la dignidad de la persona, que se configura como fin supremo de la sociedad, motivo por el cual los internos no puedan ser tratados como objetos o instrumentos, el hecho de que se encuentren privados de su libertad los coloca en una situación de indefensión. La defensa de la persona humana y la legitimidad del régimen penitenciario condicionan al Estado que debe cumplir determinados deberes jurídicos, y en el caso de la reparación civil es pertinente que se utilicen los mecanismos procesales de carácter civil para su cobro y no la privación de libertad.

Los beneficios penitenciarios son otorgados a los que han sido objeto de una sentencia condenatoria dictada por el órgano jurisdiccional y como tales son considerados como garantías constitucionales, como lo reconoce el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 00010 – 2002 – AI/ TC, al sostener:

*(...) “207 En el Estado Democrático de Derecho, el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, (...) 208 Dentro de las condiciones cómo se ejecutará la pena, se encuentra, desde luego, la posibilidad que el legislador autorice la concesión de determinados beneficios penitenciarios, pues ello obedece y es compatible con los conceptos de reeducación y rehabilitación del penado. En este sentido el Tribunal Constitucional considera que esos principios suponen, intrínsecamente, (...) pueda autorizar que los penados, antes de la culminación de las penas que les fueron impuestas, puedan recobrar su libertad si los propósitos de la pena hubieran sido atendidos. La justificación de las penas privativas de libertad es, en definitiva, proteger a la sociedad contra el delito. Tal protección sólo puede tener sentido, “si se aprovecha el períodos de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sin también que sea capaz de hacerlo”. (...) 212 por otro lado, el Tribunal Constitucional debe observar que la restricción para acceder a los beneficios penitenciarios no posee carácter general, sino únicamente está referida a los beneficios previstos en los Códigos Penal y de Ejecución Penal (...)”.*⁶⁷.

Es decir, dicha sentencia reconoce lo que sostiene la doctrina de ejecución penal, que considera que los beneficios penitenciarios se consolidan con los derechos constitucionales antes referidos. El Tribunal Constitucional es el intérprete de la Constitución y sus sentencias tienen la condición de vinculante cuando así lo señala, sobre todo para el órgano jurisdiccional, razón por la cual esta jurisprudencia debe ser invocada por los jueces penales, respecto a los beneficios penitenciarios. Pero, sin embargo, como podemos verificar en esta sentencia no hay claridad, porque por un

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 010- 2002- AI/TC. Lima. Marcelino Tineo Silva y más de 5,00 ciudadanos, 3 de enero de 2003, publicado en la Revista Diálogo con la Jurisprudencia N° 053, febrero 2003, p, 54- 55

lado sostiene que son derechos fundamentales – lógicamente basado en el artículo 3 de la Constitución –, y luego, refieren que no tienen sustento constitucional al considerarlos como estímulos gratificantes, lo que implica una negación a la aplicación del principio de resocialización, reeducación, etc, los mismos que se encuentran ligados con el derecho a la libertad, porque en virtud a ellos se puede disponer que un condenado recorte su permanencia en un penal, como viene sucediendo con sentenciados por otros delitos.

La reeducación consiste en el proceso de adquisición de conductas al que es sometido un sentenciado a fin de que pueda reaccionar en forma satisfactoria ante la sociedad al encontrarse en libertad, para tal efecto es sometido al cumplimiento de una serie de requisitos, previamente establecidos en el Código de Ejecución Penal y su Reglamento. En tanto que la rehabilitación, significa la recuperación o restitución del condenado de todos sus derechos restringidos o suspendidos por la sentencia dictada en su contra, en iguales condiciones que las demás personas, cancelándose los antecedentes penales, policiales y judiciales. La resocialización, es la recuperación de un condenado considerado originalmente como antisocial, incorporándolo a la sociedad en las mismas condiciones que el resto de los integrantes de una sociedad. Estos derechos que se encuentran claramente precisados en la Constitución Política, implica que el Estado tiene la obligación de proporcionar al condenado y si no se consigue es de su exclusiva responsabilidad.

El tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPC, señala: *“Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma legal con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”*. La mención a este dispositivo legal, lo hacemos en razón de que el Tribunal Constitucional en sentencias que se han dictado con posterioridad, como lo veremos más adelante, varía su criterio al precisar en forma expresa que los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, sino garantías previstas en el Código de Ejecución Penal a favor de los condenados. A criterio del Tribunal Constitucional ante un

conflicto de leyes procesales o penitenciarias, para resolver este problema en cuanto a su aplicación, se debe tener en consideración la ley vigente al momento del acto procesal o el inicio del procedimiento para la obtención de un beneficio penitenciario y no cuando se cometió el delito.

El Tribunal Constitucional en una sentencia: (...) *“los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal, cuyo fin es concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno. En efecto a diferencia de los derechos fundamentales, las garantías no engendran derechos subjetivos, de ahí que pueden ser limitadas. Las garantías persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas y no engendran derechos fundamentales a favor de las personas. Por otro lado, no cabe duda de que aun cuando los beneficios penitenciarios no constituyen derechos, su denegación, revocación o restricción de acceso a los mismos, debe obedecer a motivos objetivos y razonables”*.⁶⁸

A raíz de la demanda de inconstitucional planteada por Carlos Díaz Montes y otros, sobre la ley que regula el delito de lavado de activos – Artículo 7 de la Ley N° 27765, que prohíbe los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional para los sentenciados por el delito previsto en el último párrafo del artículo 3 de la mencionada Ley, y contra – por conexidad – el primer y tercer párrafo del artículo 4 de la Ley N° 26320.

Es en estas últimas sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, en las que en forma precisa considera que los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, sino garantías previstas en el Código de Ejecución Penal, basado en el artículo II del Título Preliminar de dicho cuerpo de leyes, cuando se sostiene: *“La ejecución penal tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado en la sociedad. La misma regla se aplica al procesado, en cuanto fuera pertinente.”*

Pero, sin embargo, en el mismo Código tenemos que en el artículo VIII del mismo Título Preliminar: *“La retroactividad y la Interpretación de este Código se resuelven en lo más favorable al interno”*.

⁶⁸ Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 2700- 2006-PHC/TC.

Al respecto Nelson Salazar, sostiene: *“La Constitución (...) no hace diferencia entre las normas penales materiales, las normas penales adjetivas, las normas penales penitenciarias, en consecuencia no restringe la vigencia del principio de legalidad solo al Derecho Penal material. Por ello, el intérprete (Tribunal Constitucional) no puede hacer dicha diferencia, ya que eso significa crear una nueva ley que restringe la vigencia del principio de legalidad únicamente al Derecho Penal sustantivo. Esta diferenciación, por vía interpretativa, viola el fundamento jurídico – político del principio de legalidad, pues con dicha actividad el Tribunal Constitucional se convierte en legislador, lo cual en un Estado de Derecho no está permitido”*⁶⁹.

De lo expuesto anteriormente, tal como lo he señalado – a mi criterio –, no resulta constitucional que las reglas de juego se varíen con posterioridad a la sentencia condenatoria en contra de una persona en virtud de una ley, a fin de que el Tribunal Constitucional, variando de criterio sostenga que no son derechos fundamentales, sino principios penitenciarios; y lo que es más grave para sostener que tanto las normas procesales como penitenciarias más severas en cuanto perjudican al procesado o interno, rige *el tempus regis actum*, o sea, el momento en el cual se solicita una actuación procesal o beneficio penitenciario, sin considerar que este último se solicita después de que el sujeto ha sido sentenciado y no antes.

II. 1. 2. 7.- JUICIO DE TIPICIDAD.

En una sociedad que es parte integrante del Estado, se llevan a cabo un conjunto de comportamientos humanos que ponen en riesgo o vulneran valores individuales o sociales dirigidos a la obtención de determinados fines ilícitos, alterando el equilibrio de la comunidad, dando lugar a que el Estado se vea obligado a buscar su regularización mediante la expedición de normas que lo prohíban penalmente. El juicio de tipicidad constituye una labor de especial abstracción que exige por parte del administrador de la norma penal un conocimiento riguroso de las instituciones dogmáticas, a fin de evitar desaciertos que podrían llevarlo a emitir fallos arbitrarios. La

⁶⁹ SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *“Beneficios penitenciarios e irretroactividad de las leyes de ejecución penal desfavorables. Análisis de la Ley 27770. Publicado en Actualidad Jurídica, op. cit, p. 116.*

tipicidad cumple una doble función: 1) garantiza la libertad y seguridad individual, al señalar en forma anticipada, clara e inequívoca que actos o comportamientos son sancionables; y 2) protege la seguridad jurídica.

La característica para que un acto o conducta sea considerado típico, es la existencia de una coincidencia en la descripción abstracta del mismo y la adecuación o encuadramiento de un hecho considerado como ilícito que se ha producido en la realidad dentro del supuesto que describe la ley penal. La tipicidad es el resultado de la verificación que la conducta considerada como hecho punible coincide con lo descrito en el tipo, denominándose a dicho proceso intelectual: “Juicio de tipicidad”, al ejercer una triple función, garantizadora, fundamentadora y sistematizadora.

Para poder determinar el carácter delictivo de una conducta, se debe tener en cuenta, que el análisis de la misma pasa por la constatación del caso concreto que hace el Fiscal en principio y luego el Juez, respecto al presupuesto fáctico al identificarlo con la hipótesis contenida en la norma penal que sanciona el hecho sometido a estudio; una vez realizada la labor de subsunción, agotado el examen en las esferas de la antijuricidad y de la culpabilidad; se tiene que la calificación de la conducta delictiva es de vital importancia para el proceso, ya que, no sólo se tendrá por satisfecho el mandato imperativo de la legalidad, sino que además será uno de los presupuestos sobre los cuales se encaminará la actividad probatoria y la posterior sentencia.

Uno de los límites político – criminal es el principio de subsidiariedad o intervención mínima del Derecho penal a fin de que intervenga como último recurso o instancia en la lucha eficaz para combatir la delincuencia, ante la falta de otros medios de control social menos lesivo, porque no se justifica o legítima su intervención para resolver un conflicto cuando se puede recurrir a otros que revistan menor gravedad y que no afecten los derechos fundamentales de las personas, motivo por el cual es de vital importancia de la intervención del legislador para seleccionar y tipificar como delitos las alteraciones más graves que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos o

en riesgo la vida en común o las condiciones básicas para el funcionamiento social.

El Fiscal o Juez, para considerar si la persona a quien se le imputa un hecho punible es o no autor o partícipe, deberá verificar de manera previa un análisis exhaustivo respecto a que si la conducta o acto atribuido al imputado es antijurídica y se adecua a la norma penal invocada; sólo después de haber realizado esta operación mental se abrirá un proceso o iniciará la Investigación Preparatoria, a fin de comprobar la comisión del delito en relación a los elementos de la tipicidad, para lo cual se debe subsumir el hecho imputado con el dispositivo legal invocado, así como también el número y/o calidad de los que han intervenido en la realización del hecho delictivo, precisando los medios probatorios con los cuales se vincula al autor o partícipe en el delito atribuido.

El juicio de tipicidad que debe observar el órgano jurisdiccional constituye una labor especial de conocimiento de la norma penal, pero, sin embargo, de acuerdo a lo que viene sucediendo en los últimos años esta situación no es cumplida por parte de algunos jueces al incurrir en evidentes desaciertos respecto a una correcta adecuación de la conducta imputada en el tipo invocado, al emitir resoluciones o sentencias arbitrarios, porque la interpretación que verifican vulneran el principio de legalidad, al no existir una identidad con la hipótesis que contiene la norma; luego de realizar la subsunción y concluir con el análisis de la antijuricidad y culpabilidad.

II. 1. 2. 8.- OPINIONES.

Roxín: *“la tipicidad, en cambio, es una operación realizada por el Juez, el cual evalúa si el hecho se adecua al tipo penal. La tipicidad penal es una exigencia del Estado de Derecho vinculado al principio de legalidad (ley previa – aspecto formal – y el mandato de determinación – aspecto material –)”*.⁷⁰

El tipo penal forma parte de la tipicidad, porque el comportamiento humano se adecua al acto o conducta que se describe en la ley de manera expresa. El grado de vinculación del Fiscal y el juez a la ley, se determina

⁷⁰ ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, cit., T. I, p. 194.

por el grado de exactitud que la voluntad común consigue expresarse en la legislación; y la eficacia de la función de garantía de la ley penal depende esencialmente de la técnica legislativa y del postulado de determinación que está llamado para asegurar las garantías penales en el proceso, porque le pone un control al uso de expresiones vagas o imprecisas.

Javier Villa Stein, (...) *en los delitos de resultados es necesario el nexo entre la conducta y el resultado típico, por lo que se tiene que constatar dicho nexo para lo cual modernamente se ha constituido una teoría explicativa en términos iuspositivistas antes que iusnaturalistas. Esta teoría se la conoce como de "imputación objetiva" que en síntesis viene a decir que al tipo objetivo no le interesa cualquier relación causal, sino sólo aquellas jurídico-penalmente relevantes. (...) Por otro lado, la tipicidad subjetiva comprende el estado psicológico concomitante al comportamiento objetivamente descrito en el tipo. El actor conforme actúa, porta finalidad y ánimo, de modo que entiende o conoce lo que hace y quiere el acto por él protagonizado.*⁷¹

El recordado amigo Miguel Bramont – Arias, sostiene: es la *operación mental, la cual consiste en adecuar o encuadrar un hecho que se ha producido en la realidad dentro del supuesto de hecho que escribe la ley penal, es decir, se pasa de un hecho real a una descripción abstracta y genérica – supuesto de hecho o tipo penal – de la ley.* (...)”⁷²

Alfonso Reyes Echandía, *“La abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible. La abstracción se refiere al contenido general y amplio de la conducta normada para que dentro de su marco quepa el singular y concreto comportamiento; (...)”*⁷³.

Fidel Rojas, existe atipicidad subjetiva: “i) El sujeto activo actúa u omite sin voluntad propia; ii) el sujeto activo actúa bajo error invencible, esto es, bajo un contexto de ignorancia o errónea representación mental de los elementos típicos en

⁷¹ VILLA STEIN, Derecho Penal. Parte General, cit., pp. 236-252.

⁷² BRAMONT–ARIAS TORRES, Luis Miguel, “La tipicidad, el tipo doloso de comisión”, en Estudios Penales. Libro Homenaje al Profesor Luis A. Bramont Arias, cit., p. 37. quien lamentablemente falleció muy joven, excelente profesor universitario, distinguido y recordado por quienes tuvimos la suerte de ser su amigo, así como el haber tenido la oportunidad de apreciar su calidad humana y sencillez; cuando el destino vislumbraba un brillante y futuro muy promisorio, por su reconocido conocimiento en la ciencia penal.

⁷³ REYES ECHANDÍA, Alfonso, Tipicidad, Temis, Bogotá, 1989, p. 7.

juego y que con forman la figura delictiva; iii) el sujeto activo actúa u omite sin voluntad ni representación intelectual de los componentes del tipo penal”⁷⁴.

Reyes Echandía se refiere a los diversos tipos penales que dan lugar los sujetos activos. “i) **En cuanto al número «latu sensu»**. (..) Son monosubjetivos aquellos tipos en los que es suficiente que una sola persona realice la conducta en ellos descrita (...). Los tipos plurisubjetivos exigen la presencia de por lo menos dos personas, en forma tal que la conducta ejecutada por un solo individuo no es típica;

ii) **En cuanto a su calidad:**

a) Tipos de sujeto indeterminado.- para referirse a ellos, empléanse por lo general expresiones tales como «el que», «los que», «quien» o «quienes». (...);

b) Tipos de sujeto cualificado.- La cualificación del sujeto activo es excepcional; (...); puede ser de índole natural, jurídica o profesional:

iii) **En cuanto a la conducta**, pueden ser:

a) Tipos de encuentro, suponen la intervención de dos o más personas cuyas conductas se orientan recíprocamente.

b) Tipos de convergencia, consistentes en las conductas que son externamente unidireccionales, también se denominan de cooperación unilateral porque, pudiendo ser realizados por un solo individuo;

c) Tipos de «longa» y de «propia manus» (...) Los primeros admiten la participación material de un tercero que en nombre del agente o para él realiza la conducta típica (homicidio). Mientras que los segundos son aquellos comportamientos que solo está en condiciones de ejecutar personal y materialmente el propio agente, sin que otra persona en su lugar y para él pueda realizarlo. (...).⁷⁵

La tipificación tiene un valor desde el punto de vista procesal – actual – muy significativo en nuestro país, porque el Fiscal o el Juez deben realizarla, al iniciar la investigación preparatoria o dictar el auto apertorio de instrucción, respectivamente, la misma que adquiere una dimensión trascendental para el proceso, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 336 del CPP y la Ley N° 28117 que modificó el artículo 77° del Código Procedimientos Penales, precisa que, *recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal sólo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen*

⁷⁴ ROJAS VARGAS, Fidel, *Estudios de Derecho Penal*, Jurista Editores, Lima, 2004, p. 85.

⁷⁵ REYES ECHANDÍA, Tipicidad, cit., pp. 39-40.

indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su autor o partícipe (...), respectivamente, al final, sólo debe comprenderse en la interpretación judicial, la valoración de los elementos que configuran el tipo establecido en la ley; al estar precisada en forma expresa en la norma trasgredida – el bien jurídico lesionado –, al constituir el presupuesto del cual debe partir la actividad probatoria, en el proceso penal hasta la sentencia.

El Fiscal o juez deben tipificar correctamente el hecho punible de acuerdo a los dispositivos antes referidos, y más aún, en cuanto a los presupuestos que deben concurrir para dar inicio al proceso penal; a partir de dicha resolución tiene que llevarse a cabo la actuación de una serie de medios probatorios con la finalidad de comprobar la comisión del delito imputado en relación a los elementos de la tipicidad, las circunstancias o móviles de la perpetración, la vinculación con el autor o partícipe en el hecho punible, a fin de que en su oportunidad se verifique una subsunción rigurosa de la verdad real con la verdad legal e indicando las pruebas con los que se llega a dicho convencimiento, ofreciendo plena seguridad de su realización y de la intervención en el delito.

La tipificación tiene importancia desde el inicio del proceso penal y el Fiscal o Juez, ya sea con la vigencia del NCPP – 2004 o el C. de P. P., respectivamente, deberán cerciorarse que el hecho denunciado es típico y lo será solamente cuando aquel se encuentre descrito en una ley penal, es decir, que se encuentre ante la presencia de un hecho ilícito y subsumible en uno de los tipos penales, lo que significa que en su momento se demuestre la adecuación típica de la conducta y que presente una identidad entre la acción u omisión que realiza o deja de hacer una persona, considerada como autor o partícipe con lo descrito en forma expresa en la ley.

El tipo penal es la descripción de una conducta o acto u omisión al que se le asigna una sanción; mientras que la tipicidad, es la característica de una determinada conducta que se encuadra a la descripción del tipo y luego verificar si ésta es antijurídica, o sea, es un juicio de valor negativo que recae sobre el hecho imputado, verificando que es contraria a las exigencias

de la norma jurídica, porque se trata de complejos problemas que requieren ser comprobados, la misma que se lleva a cabo en base a la tipicidad como sustento de seguridad jurídica de los sujetos procesales, no solamente para aplicar la correspondiente sanción, sino también en lo que respecta para la reparación civil y llegado el caso, para el goce de beneficios penitenciarios que pudieran corresponderle si ha sido condenado.

El Fiscal y el Juez tratan problemas que requieren ser comprobados como base de seguridad jurídica para los sujetos procesales, con la finalidad de garantizar el debido proceso y la adecuación de la conducta materia de juzgamiento en un artículo de nuestro ordenamiento penal, como una limitación del *ius puniendi* del Estado, la misma que se encuentra en la tipificación; también tiene vital importancia respecto al autor o partícipes en el hecho punible, sobre todo, cuando se trata de delitos especiales en los que prima la calidad de la persona quien comete el delito, si ha incurrido en una infracción de deber o deslealtad.

El principio de legalidad en lo que respecta a la sanción que le corresponde al autor o partícipe de un delito no se agota en la fase normativa de tipificar los delitos y señalar la pena, sino que se prolonga al momento de su aplicación, al oponerse a la creación por parte de los jueces de aplicar penas no previstas, ni mucho menos para que verifiquen una interpretación extensiva in mallan partem o del círculo de sujetos culpables, señalados en forma expresa o de condiciones objetivas de punibilidad.

En materia procesal no se pueden llevar a cabo procedimientos no establecidos en la norma procesal, ni aplicar medidas que limiten derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, las mismas que sólo pueden dictarse, en el modo, forma y con las garantías previstas en la Ley. Las leyes referidas a derechos individuales dictadas con posterioridad a la actuación procesal, se aplicarán retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos; y cuando coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas o limiten el poder a una de las partes o se establezcan sanciones procesales, deben ser interpretadas de manera

restrictiva. La interpretación extensiva y analógica, se pueden aplicar cuando favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos.

El intérprete judicial no debe llenar los vacíos que pudieran presentarse acudiendo a una norma semejante o similar, no pueden crear nuevas figuras penales ni consecuencias jurídicas por vía analógica, salvo que sea favorable al procesado. En materia penal no cabe trasladar una regla jurídica a otro caso no señalado en la ley, por la vía del argumento de la semejanza, en tanto que, la sumisión a la ley en materia penal consiste en la máxima expresión de los jueces que se manifiesta al dictar sus resoluciones como una demostración de su independencia.

La autonomía e independencia jurisdiccional que le asigna la Constitución a fiscales y jueces, respectivamente, no significa que deban resolver lo que estimen conveniente ante una denuncia ni mucho menos de acuerdo a su voluntad, porque la decisión que tomen se encuentra protegida y tutelada en la ley; motivo por el cual ellos deben actuar libremente sin injerencias o presiones de ningún tipo, debiendo interpretar el texto de la ley de manera correcta, al dictar sus dictámenes y resoluciones en el curso de un proceso, sino que al hacerlo deben considerar la valoración en ese tenor que le da sentido y significación a lo que opinan o resuelven, pero aquello no significa que se puedan apartar o incorporar arbitrariamente sus propias valoraciones y prejuicios que pudieran tener ante la comisión de un delito o en contra de los que han intervenido en su perpetración, como lamentablemente, sucede en algunos casos, que actúan de acuerdo a lo que la “opinión pública” o los medios de comunicación o algunos políticos consideran como deben intervenir.

Reyes Echandía considera que la tipicidad ejerce una triple función:

“1.- Función garantizadora. La tipicidad realiza una función prejurídica de importancia trascendente: constituye garantía jurídico – política y social de la propia libertad. (...)”

2.- Función fundamentadora. La tipicidad es fundamento de ilicitud en el sentido de que, mientras el legislador no describa una conducta como típica, no es posible predicar de ella una categoría delictuosa. (...)”

3.- *Función sistematizadora. La teoría de la tipicidad ha venido a llenar un gran vacío en el derecho penal: la tajante separación existente aún entre la parte general y la especial; gracias a ella es posible lograr una verdadera sistematización de la parte especial del derecho penal*⁷⁶.

El desarrollo del principio constitucional de legalidad en el derecho penal, se da cumplimiento con el de tipicidad o taxatividad como función garantizadora, porque no basta una definición previa de los hechos considerados como punibles, sino que deben estar descritas de manera taxativa e inequívoca en la ley penal, a fin de que en el caso concreto el juez se limite a verificar si la conducta imputada se adecua a la descripción abstracta definida en la ley, es decir, si cometió o no el delito. Es por ello que podemos decir que el principio de legalidad que tiene como sustento la tipicidad cumple una función garantizadora en un Estado democrático, como protección de la libertad de las personas, al aplicar el *ius puniendi* estatal.

La descripción que figura en toda ley penal, se debe hacer en forma expresa e inequívoca, sin abstracciones ni generalidades, a fin de que la interpretación de dicha norma, no pueda ser dejada al libre albedrío del juez, recurriendo a la analogía o a una interpretación extensiva, como sucede en algunos casos, pese a la prohibición expresa que existe sobre este particular. Pero, también, verificamos que en algunas oportunidades se legisla contra los considerados como enemigos de la sociedad, del gobierno de turno; y para tal efecto, se recurre a la “peligrosidad” del autor, a fin de que se le apliquen sanciones “ejemplares”, originando que se penalice al autor o partícipe, en lugar de las acciones o comportamientos, pues se le indica al juzgador a quien debe juzgar y aplicar una sanción.

II. 1. 2. 9.- JURISPRUDENCIA SOBRE TIPICIDAD

Ejecutoria suprema: *“Para realizar un correcto juicio de tipicidad, es necesario precisar ciertas premisas: así tenemos, que, en el delito de robo se atacan bienes de tan heterogénea naturaleza como la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo que hace de él un delito complejo; que, ello no es más que un conglomerado de elementos típicos, en el que sus componentes aparecen tan*

⁷⁶ Reyes Echandía, Alfonso, cit, p. 16-17.

indisolublemente vinculados entre si, formando un todo homogéneo e indestructible, cuya separación parcial daría lugar a la destrucción del tipo”⁷⁷.

La atipicidad subjetiva se configura ante la ausencia de voluntad, error de tipo invencible o por concurrencia de ambas. Es decir, cuando falta el ingrediente subjetivo la conducta es atípica, porque no se presenta el dolo, debido a que éste exige siempre un conocimiento de la ilicitud de la propia conducta que desarrolla para cometer el hecho considerado como supuesto delito. Esta aplicación de la teoría del dolo, ya sea para afirmar, como para negar la tipicidad del hecho punible imputado, como sustento del principio garantista del Código Penal, está siendo aplicada en algunas ejecutorias supremas como las siguientes:

“Debe tenerse en cuenta que no existe acción penalmente relevante cuando falta voluntad, de modo que un resultado queda fuera del ámbito de protección del Derecho penal cuando ha sido causado fortuitamente”⁷⁸.

“En el caso de delito de fraude procesal, éste sólo se sanciona cuando el agente actúa con dolo; que habiéndose acreditado que los procesados fueron sorprendidos para que dieran una declaración que no se ajustaba a la verdad, nos encontramos ante la ausencia del tipo subjetivo, esto es, que no hay delito al no permitir la figura indicada la forma culposa”⁷⁹.

“El encausado reconoce haber denunciado irregularidades en cuanto al libro de entrega de premios de la Lotería de Piura, pero que en ningún momento ha pretendido causar daño, estando dispuesto a pedirle perdón al querellante (...); que esta actitud permite inferir que en la denuncia que el querellado formulara no ha existido el animus difamandi, el cual es uno de los elementos de esta figura”⁸⁰.

Ejecutorias supremas en las que aplican la atipicidad objetiva, como:

“Al identificarse con un nombre distinto al que tiene con el objeto de evitar que se conozca su verdadera identidad, en razón de tener registrado diversos antecedentes policiales y no con la intención de que el nombre que dio se inserte en el registro de antecedentes policiales, no le es imputable objetivamente al

⁷⁷ Exp. N° 4795-98-Lima, Sala Penal, de 16 de junio de 199 (en Normas Legales, T. 320, enero, Trujillo, 2003, p. 155).

⁷⁸ ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia Penal*, Tomo I, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1999, p. 111.

⁷⁹ ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia Penal*, cit., p. 112.

⁸⁰ ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia Penal*, cit., p. 116

acusado a título de falsedad ideológica, más aún sino se ha configurado un actuar doloso⁸¹.

“No existen elementos de juicio suficientes que permitan vincular objetivamente el resultado muerte con los actos del acusado, máxime si de los informes como el debate pericial realizado en audiencia pública los médicos legistas han concluido que el fallecimiento se produjo por caída al suelo de la agraviada, la misma que se encontraba estresada al momento de ocurrir los hechos”⁸².

“De acuerdo a la moderna teoría de la imputación objetiva, no puede atribuirse objetivamente el resultado a quien con su acción no ha creado para el bien jurídico ningún riesgo jurídicamente desaprobado; que en el presente proceso es del caso absolver al quedar demostrado la licitud del contrato de compraventa suscrito entre el sentenciado y el agraviado, sin que se infiera que la disposición patrimonial haya sido a consecuencia de un error inducido por el encausado”⁸³.

“Al ser el acusado una persona contratada que no manejaba dinero del instituto agraviado, no se reúne en él la calidad del sujeto activo del delito de peculado”⁸⁴.

“El delito contra la Seguridad Pública –Tenencia Ilegal de Armas de Fuego – requiere como presupuesto objetivo que el sujeto activo ilegítimamente fabrique, almacene, suministre o tenga en su poder bombas, armas y otros; y como presupuesto subjetivo el dolo, esto es, el conocimiento y voluntad de la realización de todos los elementos del tipo.”⁸⁵.

Asociación ilícita: “ (...) se requiere la existencia de la agrupación que debe formarse mediante el acuerdo o pacto de dos o más personas, en orden al objetivo determinado por la ley: cometer delitos, destacándose que dicho acuerdo puede ser explícito o implícito; en el primer caso está constituido por la clara expresión de voluntad en tal sentido, mientras que en el segundo de actividades unívocamente demostrativas de la existencia de la asociación, como por ejemplo un gran número de delitos realizados por las mismas personas, con los mismos medios o división de tareas delictivas a través de diversas actuaciones; que en el caso de autos los indicados presupuestos no concurren, por lo que la conducta que se le imputa a los referidos acusados es atípica; (...)”⁸⁶.

⁸¹ Exp. N° 3816-97, Huánuco (en ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia Penal*, cit., p. 114).

⁸² Exp. N° 3427-97, Lima (en ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia Penal*, cit., p. 117).

⁸³ Exp. N° 1767-97, Lima (en ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia Penal*, cit., p. 120).

⁸⁴ Exp. N° 3299-94-B (en ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia Penal*, cit., p. 125).

⁸⁵ Exp. N° 388-2000 (en ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal* (1999-2000) Tomo I, Idensa, Lima, 2002, p. 689).

⁸⁶ Exp. N° 1157-99 (en ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*, cit., p. 713).

“Si al momento de expedir sentencia el juzgador es del criterio que la conducta incriminada a los acusados no reúne los presupuestos objetivos y subjetivos del delito, debe proceder a expedir la Sentencia absolutoria; que dicho criterio debe tenerse muy presente, sobre todo cuando el delito materia de proceso es el de robo agravado con subsiguiente muerte, conducta que de ninguna manera cabe adecuar como receptación, en aplicación del principio de determinación alternativa, toda vez que no puede afirmarse que existe homogeneidad del bien jurídico.”⁸⁷.

“ (...) habiendo quedado acreditado que el imputado se limitó a desempeñar su rol de taxista (...) podríamos calificar de inocuo, ya que no es equivalente per se, ni siquiera en el plano valorativo al delito de robo agravado; que dicho esto concluimos afirmando que, si bien el encausado intervino en los hechos (...), de modo que aun cuando el comportamiento de los demás sujetos fue quebrantador de la norma, el resultado lesivo no le es imputable (...) situándonos, en consecuencia ante un supuesto de atipicidad”⁸⁸.

“El juicio de tipicidad constituye una labor de especial abstracción y exige de parte del administrador de la norma penal un conocimiento riguroso de las instituciones dogmáticas, a fin de evitar desaciertos que podrían llevarlo a emitir fallos arbitrarios”⁸⁹.

“Es garantía de la función jurisdiccional que el juzgador, precise la norma penal específica a la que adecua la conducta ilícita que ha sido materia de juzgamiento, no sólo para determinar el quantum de la pena, sino para los fines penitenciarios a que quedará sujeto el condenado, para los efectos de la prevención especial que corresponde”⁹⁰.

De acuerdo a lo expuesto, tenemos que el principio de legalidad, demostrará su capacidad de contrapeso en cuanto indique una racionalización del poder punitivo del Estado, para que actúe con total sometimiento al imperio de la ley y dentro de sus límites, bajo la consideración de que los ciudadanos deben conocer de antemano cuáles serán las consecuencias de su conducta, el modo cómo les van a ser aplicadas y la sanción que le corresponde cuando violen la ley penal, con la

⁸⁷ R. N. N° 3243-99, Lima (en CHOCANO RODRÍGUEZ y VALLADOLID ZETA, *Jurisprudencia Penal*, cit., p. 14).

⁸⁸ R. N. 4166-99, Lima (en CHOCANO RODRÍGUEZ y VALLADOLID ZETA, *Jurisprudencia Penal*, cit., p. 14).

⁸⁹ Exp. N° 2924-99 (en ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia Penal*, cit., p. 521).

⁹⁰ Exp. N° 821-99, RN-Sala Penal La Libertad, 11 de noviembre de 1999 (en *Normas Legales*, T. 318, noviembre, Trujillo, 2002, p. 67).

absoluta seguridad de que si la ley no las precisa, nunca podrán afectarles; siendo la ley la única fuente que crea delitos y faltas en tanto garantía individual ante cualquier arbitrariedad de que tienen que aplicarla.

Un principio de carácter formal es la irretroactividad de la ley penal consagrado en los tratados internacionales, las constituciones políticas y códigos penales, que regirá para el futuro y no puede ser aplicado a hechos perpetrados con anterioridad; así como la aplicación de la pena no se debe determinar ni aplicar a hechos ocurridos antes a su entrada en vigencia o que se encuentren aún por juzgar; ni como un medio para ser aplicados contra autores ya conocidos, salvo el caso que la ley posterior sea más favorable. Este principio tiene la función de garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos, quienes deben conocer lo que les está permitido y prohibido de hacer, así como la sanción penal que se les amenaza, para evitar que puedan ser sorprendidos con posterioridad a la tipificación de una conducta que en el momento de su comisión, no estaba definida como delito o una circunstancia agravante o con penas mayores de las que estaban previstas.

Los que administran justicia, deben actuar bajo el imperio de la ley; y no recurrir – como en algunas oportunidades – a sancionar a un procesado, por presiones de diversa índole (periodística, política, social o de coyuntura), verificando interpretaciones extensivas *in mallam partem* más allá del tipo penal o analógicas como fuente de injusto, al no encajar dentro de los presupuestos del delito que ha sido materia de denuncia, investigación fiscal o judicial, juzgamiento y sentencia; ni mucho menos, castigar con severidad a quien ha cometido actos ilícitos que no encajan en el tipo en el cual se sustenta la sentencia, sino en otro de menor gravedad; ni crear una circunstancia de agravación por vía analógica.

Tipicidad es la operación mental llevada a cabo por el intérprete o el juez en un determinado caso concreto, mediante el cual se constata o verifica la concordancia entre el comportamiento imputado y la descripción típica, o sea, es la averiguación sobre el acto o conducta realizada por el imputado, a fin de conocer si presenta o concurren los presupuestos o requisitos para la

configuración de delito. Equivale a la adecuación de la conducta a un tipo, es decir, que sea subsumible en él, si realizada esta operación mental, acontece que la adecuación es negativa y por lo tanto la acción imputada no encaja dentro de los caracteres que figuran en el delito imputado, por muy lesivos que parezcan a los intereses individuales o sociales o porque aparentemente son reputados inmorales, se dirá que es atípica y por lo tanto no es susceptible de sanción alguna.

El verbo es el núcleo rector del tipo, teniendo en cuenta que es la parte más importante en una norma penal, y además la conducta descrita se plasma en una oración gramatical, motivo por el cual es de vital importancia que para llevar a cabo una interpretación de la incriminación imputada el juez debe empezar por hacerlo con el verbo que figura en la norma; mientras que, el objeto material protegido en un tipo penal, es aquél sobre el cual se concreta el interés jurídico que el legislador lo tutela y al que está referida la acción u omisión en la que debe incurrir el agente para ser considerado como autor del hecho punible, es decir comprobar que se ha realizado la acción o conducta descrita en el tipo.

Es la descripción del comportamiento humano que se verifica en la ley penal como prohibido, para ser considerado como delito y justamente, es decir, debe existir una identidad entre lo ejecutado o dejado de hacer por el imputado y para ser considerado como típico tiene que estar adecuada al tipo pertenece a la ley, que es analizada dentro de la tipicidad que pertenece a la conducta descrita en forma expresa en la norma; precisando que no toda conducta que se identifique en el tipo puede significar que se ha cometido un delito, porque es necesario analizar la antijuricidad, que es un juicio de valor sobre la conducta y que ésta es contraria al ordenamiento descrito en la ley.

II. 1. 3.- EL DEBIDO PROCESO

II. 1. 3. 1.- CONCEPTO.

El Tribunal Constitucional, lo define en una sentencia: *“Es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica, como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro que*

*dicho atributo desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo (...). Por lo que respecta al segundo, (...) las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc) (...) se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.)”.*⁹¹

El debido proceso es un derecho fundamental, que exige el cumplimiento de las garantías sustantivas y procesales, para ser aplicadas a toda clase de procesos- civil, penal, mercantil, laboral, administrativo-; su contenido es amplio al abarcar un conjunto de derechos y garantías que conciernen al proceso desde su inicio, tramitación y conclusión, con el objeto que los sujetos procesales que no queden en estado de indefensión y obtengan una respuesta razonada, proporcional, motivada y congruente con las pretensiones deducidas. Es necesario que se evite la prolongación de la incertidumbre sin solucionar el conflicto, debiendo ser resuelto declarando el derecho que corresponda a favor o en contra, para lo cual ha de tenerse en consideración las pruebas ofrecidas y actuadas de acuerdo al procedimiento previamente establecido, como una obligación de prestar una tutela jurisdiccional y el derecho de defensa, porque de no hacerlo es una negativa de acceso a la justicia de manera oportuna.

El artículo 139 de la Constitución Política reconoce un conjunto de derechos y principios procesales, pero de manera específica el inciso 3) tiene como sustento el **due process**, basado en el debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes que violan derechos fundamentales (legalidad penal) a fin de que las resoluciones o sentencias sean razonables y proporcionales; el debido proceso adjetivo, referido a las garantías que aseguran los derechos fundamentales (legalidad procesal)

⁹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 3075 – 2006 – PA/TC. Guía de Jurisprudencia del T.C. p. 486. Publicado en “El proceso penal en su jurisprudencia. Gaceta Jurídica S. A., Lima 2008, p 32.

mediante el cumplimiento de procedimientos señalados previamente en las normas procesales para llegar a resolver un conflicto con la expedición de una resolución o sentencia; de acuerdo a lo previsto en el inciso 10 del mencionado artículo que rige el principio jurisdiccional.

El debido proceso – en materia penal –, se encuentra previsto en la Constitución y en la Ley procesal, precisando el marco dentro del cual se desarrolla el procedimiento; y ésta no se agota con en el aseguramiento de la legalidad penal, sino que trasciende al objeto procesal, al comportamiento de los sujetos procesales y la actuación formal del juzgador para aplicar una sanción – si corresponde –, a quien comete un delito. La observancia a lo denominado “principios inherentes a la mejor y correcta administración de justicia”, y se considera como garantías procesales, que se consagran a través de la tutela jurisdiccional, en virtud del cual aspiran a que toda persona tenga el derecho de recurrir al Poder Judicial con la finalidad de obtener una sentencia o resolución, basado en un conjunto de principios y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable para que un proceso puede tramitarse y resolverse en justicia, en base al equilibrio entre el poder estatal y la defensa de los derechos fundamentales de las personas como sustento del sistema jurídico, cuyas notas principales – a nuestro criterio – son las siguientes:

- 1) La existencia de dos requisitos: a) formal.- los principios y las reglas que lo integran, como ser conducido por el Juez natural, el procedimiento preestablecido, etc.; b) sustantiva, relacionados con la razonabilidad y proporcionalidad que debe regir en toda decisión judicial,
- 2) el Juez no se desatienda de la verdad objetiva de los hechos,
- 3) la decisión final sea dictada dentro de un plazo razonable, además, subjetiva y objetivamente justa, es decir, no arbitraria,
- 4) la independencia judicial,
- 5) el tratamiento de presunto inocente al procesado,
- 6) no soslayar ninguna norma de procedimiento, porque toda persona goza de determinadas garantías procesales en el curso de él,
- 7) imparcialidad del juez,

8) el derecho de defensa reflejado en conocer de manera expresa, cierta e inequívoca los cargos que le imputan a una persona desde que es citada o detenida a partir de la investigación preliminar hasta la culminación del proceso,

9) la ejecución de las resoluciones judiciales,

10) el desarrollo como procedimiento de tutela idónea para asegurar una plena satisfacción de los intereses que originaron recurrir al órgano jurisdiccional.

11) el derecho de acceso a los recursos procesales,

12) la igualdad de armas.

El debido proceso es considerado como un conjunto de condiciones que se debe cumplir desde el inicio hasta al final de un procedimiento civil, penal, comercial, laboral, administrativo, etc., al constituir el instrumento más eficaz para resolver conflictos en una sociedad, por lo que se debe asegurar una adecuada defensa de derechos y obligaciones de las partes en un proceso, a fin de que se consiga el logro de la paz social y la justicia. Para conseguir estos valores se debe tener en cuenta las estimativas de credibilidad: equidad, celeridad, debido proceso y economía funcional, pues de cumplirse con tales objetivos, tendremos seguridad jurídica y eficacia en las resoluciones judiciales, aun cuando todos somos conscientes de los retrocesos y de la crisis del sistema procesal penal como una realidad que implica un exigente desafío, que va más allá de lo técnico, al adquirir una profunda dimensión política.

La persona que recurre al órgano jurisdiccional lo hace para conseguir la solución de un problema jurídico, debiendo aportar los medios probatorios pertinentes y necesarios con la finalidad de que su pretensión sea aceptada en el curso del proceso, por lo que, previamente tienen que haberse establecido las reglas mínimas de como se va a desarrollar el proceso y como deben actuar los sujetos procesales, respetando los términos procesales a fin de que en su momento el juzgador valore la prueba ofrecida y actuada, para ser resuelta en estricta aplicación de la ley con equidad y justicia en la certeza del resultado, como garantía en una sociedad

democrática. El derecho a la tutela judicial, no solamente implica el derecho de acceso a la justicia y al debido proceso, sino también a que las resoluciones judiciales sean justas y efectivas.

De nada valen los derechos estipulados en la Constitución, donde se encuentra el contenido de los principios que derivan en un conjunto de consecuencias relacionadas con los derechos y garantías de los sujetos procesales para evitar que sean vulnerados; y entre ellas tenemos el debido proceso, para proteger a los individuos de los abusos del poder estatal que muchas veces empieza desde la prevención del delito o investigación preliminar, al atentar contra la libertad personal – entre otros –, al pretender ejercer la acción punitiva del Estado, recurriendo al uso de procedimientos extrajudiciales e informales. Se garantiza el principio de legalidad penal y procesal, la seguridad jurídica y la prohibición de la arbitrariedad por parte de los funcionarios o autoridades estatales e inclusive particulares, solamente mediante el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva se podrá hacer valer realmente estos derechos.

En un Estado democrático de derecho, los jueces deben respetar el debido proceso y más aún, en lo que respecta a la libertad personal porque deben restringirla en los casos expresamente señalados por la ley procesal bajo un debido sustento fáctico y jurídico, medida que deben ser dictadas respetando los principios de excepcionalidad, proporcionalidad, razonabilidad y subsidiariedad, cuando se trata de detención o prisión preventiva o de condena. Los procesos judiciales están sometidos a los derechos fundamentales señalados en la Constitución, en las normas sustantivas y procesales que determinan que el juez debe ser el garante de tales derechos de los ciudadanos, y en este contexto se extienden a un debido proceso, concediendo seguridad jurídica a los justiciables bajo la premisa que el proceso penal es un eficaz instrumento para la tutela de la libertad y la dignidad humana.

El proceso penal es la intervención más efectiva de parte del Estado en el cual puede estar involucrado cualquier ciudadano – de allí su importancia –, y se refiere a una serie de fases sucesivas que se llevan a cabo durante su

desarrollo, con intervención del Fiscal y órgano jurisdiccional para la aplicación de las normas procesales vigentes, previamente establecidas y de observancia obligatoria, por los jueces y los demás sujetos procesales a efectos de garantizar el debido proceso. La determinación de la materia que constituye el objeto del proceso penal, que debe ser respetado por los sujetos procesales, al estar vinculados en los delitos que motivan el juicio, independientemente, de la calificación jurídica que las partes realicen.

Para interpretar estas garantías se tiene en cuenta lo señalado en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los Tratados y acuerdos Internacionales, tales como:

- La garantía de la no incriminación, previsto en el artículo 8. 2 “g” de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- El derecho a un juez imparcial, de acuerdo al artículo 8. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, previsto en el artículo 14.2 “c” Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, tal como se encuentra previsto en el artículo 8. 2 “f” de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- El derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución.
- El ne bis in idem, que tiene un doble significado: procesal: nadie puede ser enjuiciado y sancionado dos veces por los mismos hechos (integra el debido proceso).

II. 1. 3. 2.- LA GARANTÍA DE LA NO INCRIMINACIÓN.- Es el derecho que tiene ciudadano a defenderse de la imputación de un delito, al tener la facultad de decidir sobre lo que debe declarar o dejar de hacerlo. Es la libertad que tiene un imputado de brindar la información que considere adecuada – verídica o falsa – como fundamento de su defensa o callar o guardar silencio, a no ser forzado o inducido bajo constricción o compulsión alguna a declarar contra sí; los jueces no deben aceptar sin mayor análisis

esta actitud del imputado, sino que la misma debe ser interpretada y valorarla con las pruebas o indicios que se realicen en el curso del proceso, porque la responsabilidad o no de una persona, no se resuelve con la diga o deje de decir. No se puede recurrir a elementos de pruebas obtenidas con desprecio de la voluntad del procesado, por no tener validez de acuerdo a lo prescrito en el párrafo h), inciso 24) del artículo 2º de la Constitución.

Sentencia del Tribunal Constitucional: *“El derecho a no autoincriminarse no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho fundamental de orden procesal que forma parte de los derechos implícitos que conforman el derecho al debido proceso penal, este último reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución. Su condición de derecho implícito que forma parte de un derecho expresamente reconocido, también se puede inferir a partir de la función que los tratados internacionales en materia de derechos humanos están llamados a desempeñar en la interpretación y aplicación de las disposiciones por medio de las cuales se reconocen derechos y libertades en la Ley Fundamental (iv Disposición Final y Transitoria)”*.⁹²

El derecho que tiene todo procesado, a no declarar contra sí mismo y culpable o guardar silencio, es decir, el sujeto sobre el que recae una imputación ejerce una opción para defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, negando su responsabilidad o guardando silencio respecto a su participación en el delito que se le imputa o declarando falsamente, y por asumir esta conducta o negativa a declarar, no puede ser objeto de una nueva imputación delictiva, es decir, otro hecho punible diferente al que motiva su procesamiento.

En la misma sentencia: *“El ámbito normativo del derecho a no autoincriminarse no se agota en garantizar la facultad de no ser obligado a declarar contra si mismo o a confesar su propia culpabilidad, de modo que pueda entenderse que, respecto a sus coimputados, el imputado si tenga la obligación de hablar o acusar. La incoercibilidad del imputado comprende ambos supuestos, y en ese sentido, debe indicarse que este derecho garantiza la potestad del imputado o acusado de un ilícito penal a guardar silencio sobre los hechos por los cuales es*

⁹² Exp N° 003- 2005- PI/TC, del 11/12/ 2006, publicado en la Revista Actualidad Jurídica Tomo 189, Agosto 2009, p, 180.

investigado o acusado penalmente, tanto en lo que le atañe como en lo que incumbe a terceros”.

“El derecho a no autoincriminarse garantiza a toda persona no ser obligado a descubrirse contra si misma (nemo tenetur se detegere), no ser obligada a declarar contra si misma (nemo tenetur edere contra se) o, lo que es lo mismo, no ser obligada a acusarse a si misma (nemo tenetur se ipsum accusare).

“El derecho a no autoincriminarse comprende el derecho a guardar silencio, en el ámbito jurisdiccional, los jueces y tribunales tienen la obligación de no asumir una aceptación tácita del silencio, pero si a darle un sentido interpretativo del mismo que pueda ayudar a dilucidar la causa. Y es que si existe un deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación, según dispone el artículo 38 de la Constitución”.

En el artículo 127 del C. de P. P. modificado por la Ley 27834 el 21 de septiembre de 2002, se indica que si el inculcado se niega a responder el interrogatorio, se dejará constancia de su negativa. Y en el artículo 245 del mismo cuerpo de leyes, modificado por la Ley 28117 de 10 de diciembre de 2003, se precisa que cuando el acusado se niega a declarar en el juicio oral, en la fase procesal correspondiente se podrá disponer la lectura de las declaraciones que hubiera prestado en la etapa de la instrucción, incorporándola al debate a fin de que sean valoradas en su oportunidad; y si guarda silencio ante una pregunta cuando solicita ser interrogado, se dejará constancia de tal hecho.

En el NCPP – 2004, tenemos que en el inciso 2 del artículo 87 – declaración del imputado –, se señala: *“De igual manera, se le advertirá que tiene derecho a abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio.”*

En el inciso 4, se indica: *“(…) Durante la diligencia no podrá coactarse en modo alguno al imputado, ni inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le hará cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión.”*

El inciso 4 del artículo 359: *“Si el acusado que ha prestado declaración en el juicio o cuando le correspondiere se acoge al derecho al silencio (…)”*

De esta garantía se desprende:

1).El derecho a guardar silencio o no declarar, obliga a la autoridad a verificar dicha advertencia; y ante esta abstención, no significa en modo

alguno indicio de culpabilidad, solamente, se encuentra ante la inexistencia de una respuesta.

2).El imputado tiene el poder de decisión respecto a su declaración, pudiéndolo hacer en las oportunidades que considere conveniente, inclusive falseando los hechos.

3).Cuando se obliga al imputado a que se someta a la extracción de muestras de sangre, orina o muestras caligráficas o de voces o el uso de determinada ropa, etc, no se viola esta garantía, porque la protección está relacionada con su testimonio.

El derecho a lo no autoincriminación origina que el juzgador no le de un reconocimiento de trascendencia jurídico – procesal a las declaraciones prestadas por el imputado autoinculpándose como consecuencia de haber sido presionado, por gozar de derechos fundamentales a partir de la formulación de haber participado en la comisión de un delito, como no ser obligado a declarar contra si mismo ni a declararse culpable, reservándose la facultad de no responder, ni que pueda emplearse ningún medio coactivo ni intimidatorio en su contra, por ser un sujeto del proceso y debe ser tratado como tal.

Por tal motivo, las declaraciones que preste un imputado no puede considerarse como fuente de prueba en sentido inculminatorio, sino como medio de defensa, basado en el irrestricto respeto al sistema garantista y el derecho a la dignidad de la persona que constituye el debido proceso en un Estado democrático, impidiendo emplear cualquier forma de coerción para obligarlo a que declare informando o transmitiendo sobre su mismo caso; salvo el caso que decida confesar libremente su culpabilidad.

II. 1. 3. 2.- EL DERECHO A UN JUEZ COMPETENTE E IMPARCIAL.-

Esta garantía o principio constitucional, como lo veremos más adelante de manera amplia, permite al cualquier sujeto procesal tener una justicia imparcial e igualdad de condiciones en un proceso, a fin de que éste se desarrolle y concluya sin la presencia de un interés o parcialidad de parte del juez por una de las partes en el litigio que debe resolver. Para tal efecto, cabe hacer mención de que la imparcialidad de un juez podemos verificarla

desde un punto de vista subjetivo, que se refiere a la vinculación personal de éste (parentesco, amistad o enemistad), respecto al caso que conoce con uno de los sujetos procesales; y objetiva, que trata sobre las garantías que debe tener el Juez en su actuación sobre el objeto del proceso.

En la década del noventa se instalaron los “tribunales sin rostro”, al respecto La Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la sentencia del caso Castillo Petruzzi y otros, sosteniendo: 132) “(...) *En relación con el presente caso, la Corte entiende que los tribunales militares que han juzgado a las supuesta víctimas por los delitos no satisface los requerimientos inherentes a las garantías de independencia e imparcialidad establecidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elementos esenciales del debido proceso legal.*

*133. Además, la circunstancia de que los jueces intervinientes en procesos por delito de traición a la patria sean “sin rostro”, determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia. Esta situación se agrava por el hecho de que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces.*⁹³

En efecto, la intervención de estos jueces va en contra del derecho que tiene toda persona de conocer quién o quiénes son los jueces que han de conocer su proceso, al mismo tiempo de saber si son o competentes, así como también si tiene algún interés en el resultado, lo que da lugar a que afecte su imparcialidad, porque su anonimato lo priva de garantías básicas de justicia., porque solamente estaban autorizados a utilizar una clave, más no podía firmar sus sentencias, motivo por el cual no pueden responder por lo que resuelven.

II. 1. 3. 3.- EL DERECHO A SER JUZGADO SIN DILACIONES INDEBIDAS.- Todo imputado tiene el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, sin dilaciones injustificadas o indebidas - como sucede en nuestro país-, originando grave perjuicio al justiciable ante el incumplimiento de los plazos por el Fiscal y el órgano jurisdiccional, motivo por el cual el Tribunal Constitucional peruano tomando como sustento lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que se debe

⁹³ Caso Castillo Petruzzi, Sentencia de la Corte Interamericana, op cit, p 52.

analizar cada caso concreto a fin de comprobar: 1) si se trata de un proceso de naturaleza compleja, 2) el comportamiento del imputado o su defensa en el curso del proceso, 3) o la conducta observada por el órgano jurisdiccional para concluir si esta última es la causante de la demora o dilación, 4) la afectación que genera la demora en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

Este derecho se encuentra implícito al derecho que tiene todo justiciable al debido proceso al recurrir al órgano jurisdiccional en búsqueda de la tutela judicial efectiva a través del desarrollo de un proceso con el respeto a los principios básicos y garantías existentes de manera previa a fin de ser oído por un juez imparcial y dentro de un plazo razonable, legalmente establecidos, no solamente, aplicable a los procesos judiciales sino también en las investigaciones preliminares que lleva a cabo la fiscalía, como postulación al órgano jurisdiccional; para posteriormente, conseguir un fallo justo y proporcional; resultando improcedente e incompatible que se produzcan dilaciones indebidas o arbitrarias.

Justamente, uno de los principales objetivos que se persiguen en este trabajo de investigación es analizar, entre otras, las causas que originan que un procesado se encuentra sufriendo detención o prisión preventiva judicial – decretada muchas veces violándose otros derechos fundamentales –, más allá del tiempo razonable, lo que vulnera el principio constitucional de presunción de inocencia, la misma que, en todo caso, debe ser destruida en el plazo más breve, con una resolución o sentencia que lo declare culpable de la imputación que se formula en su contra, lo que no sucede en nuestra realidad judicial.

II. 1. 3. 4.- EL DERECHO DE UTILIZAR MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES.- Las fuentes o los medios probatorios deben ser ofrecidos por los sujetos procesales y actuados, por el Fiscal y órgano jurisdiccional; en el tiempo, forma y modalidad, así como, de acuerdo a las exigencias y condiciones impuestas por la norma procesal vigente, por la Constitución Política y los Tratados Internacionales aprobados y ratificados por el Perú, debiendo ser pertinente porque deben guardar relación con el objeto del

proceso penal y con el debate judicial, además, de conducente y útil, es decir que lleve al Juez a la convicción de lo que se quiere acreditar o demostrar en lo que respecta a la imputación, la punibilidad, la determinación de la pena o medida de seguridad aplicable.

Asimismo, el inciso 7 del artículo 2 de la Constitución Política precisa que toda prueba obtenida ilícitamente no tiene efecto legal – el fruto del árbol envenenado – porque puede contaminar a otras, lo que significa que el derecho al ofrecimiento y actuación de una prueba no es ilimitada, tiene que estar supeditada a lo que señala el ordenamiento procesal acorde con lo prescrito en la Carta Magna.

Igualmente, en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP – 2004, se precisa que: *1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso (...). 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. 3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional (...) no podrá hacerse valer en su contra.*

De tal manera, atendiendo al origen y al desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la prueba ilícita, resulta muy claro que un primer elemento que se debe tener en cuenta en su delimitación conceptual es que se trata de un mecanismo que limita el principio general de la averiguación de la verdad en el proceso. La barrera que se impone al juzgador de la prohibición de valorar la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, lo que implica que la verdad, cualquiera que sea la idea que se tenga de ella, no puede ser obtenida a cualquier precio, porque de acuerdo a Roxin, *la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal.*

II. 1. 3. 5.- NON BIS IN IDEM.- Implica la prohibición de perseguir dos veces por los mismos hechos, una persona no puede ser procesada dos veces por el mismo delito, incurriéndose en un doble castigo por un mismo hecho e idéntico fundamento, ya que la función de garantía de la libertad individual se ve distorsionada si se admite la posibilidad de una persona sea juzgada nuevamente, bajo el pretexto de la pretendida finalidad de evitar comportamientos socialmente nocivos y no admitidos en la sociedad. En su

vertiente material está vinculado a los principios de legalidad (apartado b y d del inciso 24 art. 2) y proporcionalidad (200 y 43). En forma expresa en el artículo III del Título Preliminar del NCPP – 2004; también en el artículo 5 del C. del P. P., tiene una redacción similar, el inciso 2 y 13 del artículo 139 de la Constitución Política.

Tiene una doble vertiente: la sustantiva o material y connotación formal o procesal. En el primer caso, se proscribe la posibilidad de sancionar dos veces a una persona por el mismo hecho. En el segundo caso, se prohíbe seguir dos procesos penales, contra una misma persona y por los mismos hechos, aun cuando fuese distinta la fundamentación jurídica. Para su determinación se requiere mínimamente; a) la identidad objetiva; esto es, la verificación de los mismos hechos en dos procesos, aun cuando sea distinta la calificación jurídica que se realice de estos, y b) la identidad subjetiva; vale decir, que el imputado por los hechos sea la misma persona.

La administración de justicia debe respetar el resultado de un proceso y por lo tanto la cosa juzgada, porque no se puede emitir un nuevo resultado en contra de una persona sobre los mismos hechos y fundamentos, es el derecho que tiene todo justiciable a que se respete una resolución dictada en su contra o a favor y que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada, la misma que no puede ser dejada sin efecto o modificada, por actos de otros poderes públicos, de terceros o del órgano jurisdiccional que resolvió en su oportunidad el mismo caso y de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, tal como la ha establecido el Acuerdo Plenario N° 4 – 2006/CJ – 116, por razones de certeza y seguridad jurídica prohíbe la extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada penal a un tercero.

II. 1. 3. 6.- TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.- El artículo 4° del Código Procesal Constitucional (3ra. Parte) *“Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derecho del libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial, en el proceso, a no ser derivado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la*

actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia de la legalidad procesal penal”.

Igualmente, tenemos una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0005 – 2006: *“El acceso a la justicia que tiene todo persona a promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente”*, ésta se obtiene: 1.- El acceso a la justicia, 2) el debido proceso, 3) la expedición de una resolución fundada en derecho, 4) la ejecución de lo resuelto por el órgano jurisdiccional. La tutela judicial efectiva, este derecho significa la obligación del órgano jurisdiccional de acoger la pretensión formulada, para luego brindar mediante una resolución razonada y ponderada la razón a quien la tiene, basado en las pruebas actuadas, valoradas y adecuadas al tipo penal; así como, en lo que respecta a su procedencia y legitimidad, señalados en la ley procesal que prescribe los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, que incluye entre otros principios y garantías, el derecho a la defensa, igualdad de armas, contradicción, publicidad, celeridad procesal, juez imparcial, presunción de inocencia, etc.

Como es de nuestro conocimiento el artículo 139 de la Constitución Política se señalan los principios y derechos de la función jurisdiccional; y en el inciso 3° se establecen la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, que sirven de sustento y garantía a los justiciables, cuando recurren al órgano jurisdiccional en búsqueda de tutela y sus integrantes tienen el deber de observar el debido proceso a fin de que imparta justicia con equidad y dentro de los estándares mínimos, tal como también ha sido considerado por los tratados internacionales.

El Tribunal Constitucional en una sentencia señala: *“11.- En consecuencia, es menester precisar que si bien la calificación del tipo penal es atribución del juez penal, la tutela jurisdiccional efectiva se concreta a través de las garantías que, dentro de un iter procesal diseñado en la ley, están previstas en la Constitución Política. O, dicho de otro modo, el órgano jurisdiccional, cuando imparte justicia,*

*está obligado a observar los principios, derechos y garantías que la Norma Suprema establece como límites al ejercicio de la función asignada*⁹⁴.

Con este derecho se garantiza a que todas las personas tengan acceso a un órgano jurisdiccional independiente, imparcial y competente, a fin de que se sustancie una denuncia o demanda o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier naturaleza, mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas; la tutela jurisdiccional es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos al recurrir a ella, sin que se impida, obstruya o se llegue al convencimiento de manera irracional; evitar que grupo de personas ante la falta de credibilidad en la administración de justicia recurran a métodos o acciones ilegales, como sucede en algunos lugares, al pretender “hacerse justicia”, linchando o quemando vivo al delincuente.

El acceso a la justicia, no solamente es recurrir al órgano jurisdiccional, sino que de acuerdo a la Constitución Política, también reconoce esta capacidad de administrar justicia a las comunidades campesinas o nativas, arbitral y militar, siempre y cuando dichas jurisdicciones, aseguren a quienes recurren a ellas todas las garantías relacionadas con el debido proceso y la tutela judicial, debido al pluralismo cultural que existe en nuestro país, como es el caso de las comunidades que se encuentran en lugares muy alejados, con costumbres ancestrales muy arraigadas, las mismas que deben ser respetadas por el Estado, sobre todo, cuando observamos la reacción de la comunidad en diversos lugares de nuestro país, ante la carencia de justicia por parte de las autoridades, encargadas de administrarlas.

II. 1. 3.- 7.- DERECHO DE ACCESO A LOS RECURSOS. Se desprende del contenido de la garantía constitucional del derecho al debido proceso, que toda persona tiene la facultad de acceder a los recursos impugnatorios que le franquea la ley procesal, a fin de cuestionar las decisiones o la lesión que a su criterio le origina, como consecuencia de la afectación de los

⁹⁴ Exp. 3390- 2005- PHC/ TC, Lima, 6 de agosto de 2005, en artículo “La imputación necesaria en el delito de falsedad documental”, JERÍ CISNEROS, Julián, publicado en revista *Ius Jurisprudencia*, junio de 2007.

derechos que le asisten, razón por la cual no se encuentra conforme, motivo por el cual se recurre al ejercicio de estos recursos y permite al justiciable recurrir a la instancia superior con la finalidad de que la controversia sea objeto de un nuevo examen. El derecho a utilizar estos recursos es autónomo y se encuentran implícitos dentro del debido proceso.

El contenido constitucional de proteger y garantizar el derecho de acceso a los recursos impugnatorios que tiene toda persona que recurre al órgano jurisdiccional a fin de que haga uso sin restricción arbitraria o irrazonable por ninguna autoridad, que pueda dar lugar al entorpecimiento o en su momento disuadir su ejercicio, facultad y las condiciones se encuentran previamente establecidos en la ley procesal; precisando la ley procesal, cómo y cuándo se deben hacer uso de estos mecanismos cuyo contenido esencial no admite que de hecho o de derecho se obstaculice o impida su ejercicio y no de lugar a que el órgano superior revise las decisiones adoptadas por las instancias inferiores, a fin de obtener un nuevo pronunciamiento sobre el tema materia de controversia, porque el fundamento para interponerlos radica en el reconocimiento de la equivocación humana en un proceso.

La declaración de improcedencia o inadmisibilidad del recurso impugnatorio, se origina cuando no concurren o carecen de alguno de los requisitos señalados expresamente en la misma ley procesal sobre su admisión, porque el derecho a la pluralidad de instancia garantiza que toda persona pueda recurrir a la instancia superior ante el fallo – resolución o sentencia –, dictado por el inferior jerárquico y recurrir a los medios impugnatorios no es un derecho que puede ser considerado como absoluto, sino que se puede limitar el goce y ejercicio, siempre y cuando se busque preservar otros derechos, bienes o principios constitucionales, las mismas que deben ser razonables.

II. 1. 3. 8.- OPINIONES.

Marcelo de Bernardis señala: “el conjunto mínimo de elementos que deben estar presentes en cualquier clase de proceso para hacer posible la aplicación de la concepción de justicia en el caso concreto”⁹⁵.

Ernesto Rey Cantor: “como un conjunto de principios y reglas de procedimiento preestablecidos en los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, la Constitución Política, la ley o el Reglamento, que la autoridad competente debe observar plenamente en la actuación legislativa, judicial o administrativa, a fin de garantizar eficazmente con justicia los derechos de la persona humana”⁹⁶.

César Landa Arroyo: “La constitucionalización del debido proceso en el artículo 139º numeral 3) de la Constitución de 1993, se inspira en el **due process of law**, que se descompone en: el debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales; y, el debido proceso adjetivo, referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales. El debido proceso sustantivo también se refiere a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables; mientras que el debido proceso adjetivo alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y procedimiento, para llegar a una solución judicial mediante la sentencia”.⁹⁷

Landa Arroyo, sostiene que el debido proceso encierra en sí un conjunto de garantías constitucionales que se pueden ubicar en las cuatro etapas esenciales del proceso penal, tales como: acusación, defensa, ofrecimiento y actuación de prueba y sentencia, sin perjuicio de las garantías a la tutela judicial.

Marcial Rubio Correa: i) La presunción de inocencia; ii) el derecho de defensa (...) que, como vimos, era consustancial a la finalidad de la existencia del debido proceso; iii) los principios de culpabilidad, legalidad y tipicidad, iv) el derecho al juez natural o a la jurisdicción predeterminada; v) el derecho a la pluralidad de

⁹⁵ BERNARDIS, Marcelo de, *Las garantías del debido proceso*, Materiales de enseñanza. Pontificia Universidad Católica del Perú Instituto de Estudios Internacionales - Embajada Real de los Países Bajos (1996).

⁹⁶ REY CANTOR, “Principio de legalidad y derechos humanos. Análisis desde la perspectiva del Derecho Constitucional Procesal”, cit., p. 28.

⁹⁷ LANDA ARROYO, César, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 159-166.

instancias, a los medios de prueba y un proceso sin dilaciones; vi) la garantía de no autoincriminación; vii) el control difuso forma parte de las garantías del debido proceso; viii) la posibilidad de aplicar y ejecutar sentencias en el sentido de que lo ejecutoriado se cumpla; xi) el hecho de que el Estado cumpla con las obligaciones que emerjan de las sentencias en las que pierda el proceso; x) el cumplimiento de las reglas para las notificaciones, que permiten que las partes puedan defenderse al ser escuchadas; xii) los derechos procesales a la legalidad en materia sancionatoria, proporcionalidad y razonabilidad, interdicción de arbitrariedad; xiv) cuando en dos procesos simultáneos con el mismo petitorio y partes, se adoptan fórmulas diferenciadas, se lesiona la igualdad y el debido proceso; xvi) el principio non bis in idem, o expreso en la Constitución –aunque sí en las leyes procesales más importantes del derecho peruano – forma parte del debido proceso; ’⁹⁸.

Alberto Binder: *“La irretroactividad de la ley procesal es una manifestación más y muy importante del intento común de ponerles frenos al Estado para evitar que las personas sean encarceladas por motivos distintos a la comisión de un hecho punible. (...) Aquí se debe entender como “la ley más favorable” aquella que fortalece el sentido político-criminal del proceso tal como ha sido previsto en la Constitución. (...), toda ley que fortalezca esta opción tendría efectos retroactivos que, inclusive, pueden llevar a la renovación del acto que ha sido realizado de un modo menos garantizador’⁹⁹.*

Para Binder, la irretroactividad, se aplica en lo penal y procesal, y es ejecutada retroactivamente cuando favorece al procesado, precisando que la Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación para procesos en trámite, pero éstas no se aplican cuando lo perjudica al procesado y al hacerlo se vulnera esta garantía procesal; posición que también la asume el NCPP – 2004, en el inciso 2 del artículo VII del Título Preliminar, la misma que no es tomada en consideración ni por el Tribunal Constitucional ni por el órgano jurisdiccional, quienes sostienen que se debe aplicar la norma procesal vigente en el momento que se realiza la actividad procesal, aún cuando perjudique al imputado, pese a existir una norma expresa y precisa, referida a derechos individuales dictada con posterioridad, se aplicará retroactivamente.

⁹⁸ RUBIO CORREA, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, cit., p. 317.

⁹⁹ BINDER, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, cit., p. 132.

Pérez Luño: *“La seguridad jurídica es un valor estrechamente ligado a los Estado de Derecho que se concreta en exigencias objetivas de: corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación).”*¹⁰⁰.

Héctor Faúndez Ledesma: *“(…) aún cuando tales violaciones no hayan sido directamente cometidas por el Poder Judicial, éste se puede hacer cómplice de las mismas mediante la adopción de decisiones que – por apartarse de los principios y normas de un proceso regular – resultan injustas y constituyen el sello mediante el cual se procura lograr la impunidad de tales atropellos y abusos de poder”*¹⁰¹.

Juan Linares: *“nadie puede ser privado judicial o administrativamente de sus derechos fundamentales sin que se cumplan ciertos procedimientos establecidos por la ley, (…) que dé al individuo la posibilidad de exponer razones en su defensa, probar esas razones y esperar una sentencia fundada”*¹⁰².

Jorge W. Peyrano: *“¿Cuándo estaremos ante un proceso «elogiable»? Pues cuando no solo se le otorga la razón a quien la tiene (reconocimiento de derechos) y más o menos dentro del lapso programado por el legislador (proceso eficaz)”*¹⁰³.

Joan Picó y Junoy: *“El carácter objetivo de los derechos fundamentales comporta su configuración como normas esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, como figuras que resumen un valor asumido en el sistema de una comunidad, insertándose con fuerza vinculante en el conjunto normativo.”*¹⁰⁴.

De Bernardis: *“configuran las garantías fundamentales que engloban y especifican los mecanismos más eficaces de protección de los derechos de los justiciables, tanto a través de la función jurisdiccional del Estado como de otras normas procesales a las que resultan plenamente”*¹⁰⁵.

¹⁰⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *“Seguridad jurídica: Una garantía del derecho y la justicia”*, en *Aequum et Bonum*, N° 1, Lima, 2003, p. 309.

¹⁰¹ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *Las garantías del debido proceso*, en *Materiales de enseñanza. Pontificia Universidad Católica del Perú Instituto de Estudios Internacionales - Embajada Real de los Países Bajos* (1996).

¹⁰² LINARES, Juan Francisco, *“El debido proceso sustantivo”*, en *Materiales de enseñanza. Pontificia Universidad Católica del Perú Instituto de Estudios Internacionales - Embajada Real de los Países Bajos* (1996), p. 23.

¹⁰³ PEYRANO, Jorge W, *“Eficiencia del sistema de justicia”*, en *Advocatus*, Nueva Época, N° 7, Lima, 2002, p. 57.

¹⁰⁴ PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, José M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 22. Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona.

¹⁰⁵ BERNARDIS, Luis Marcelo de, *La garantía procesal del debido proceso*, Biblioteca Universitaria de Derecho Procesal Civil-Cultural Cuzco, Lima, 1995, p. 134.

Moreno Catena: *“El proceso penal ha de ser respetuoso con todas las garantías del derecho proceso «debido», la mayoría de los cuales (el derecho al juez legal, el sistema acusatorio, los principios de contradicción y de igualdad y de libre valoración de la prueba)”*.¹⁰⁶

Juan Monroy Gálvez: *“puede ser analizado desde los más variados punto de vista. Sea desde su carácter constitucional (en razón de efectividad, del acceso a la justicia de las clase menos favorecidas, etc.), desde la teoría del derecho (las relaciones entre derecho y proceso; tutela material y tutela procesal, etc.)”*.¹⁰⁷

César San Martín: *“Busca, en suma, rodear al proceso de las garantías mínimas de equidad y justicia que respaldan en legitimidad la certeza en derecho de su resultado. A través del debido proceso se precipitan todas las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas de las que es titular la persona”*.¹⁰⁸

Pablo Sánchez: *“aquel que se realiza en observancia estricta de los principios y garantías constitucionales reflejadas en las previsiones normativas de la ley procesal: inicio del proceso, actos de investigación, actividad probatoria, las distintas diligencias judiciales, los mecanismos de impugnación, etc.”*.¹⁰⁹

Schiappa: *“procura la realización de valores como la justicia y la equidad, pero además en consonancia con los consensos universales alcanzados recientemente, se basa en la valorización del individuo como sujeto primario de todo orden legal y político, y en la consiguiente necesidad de limitar el poder público.”*¹¹⁰

Palomino Manchego y Eto Cruz: *“El debido proceso, no es un atributo que pueda predicarse exclusivamente a propósito de los procesos estrictamente judiciales,(...) Cuando el tema del debido proceso es visto en su óptica judicialista, pone sobre el tapete uno de los más delicados problemas jurídicos: el de su protección como consecuencia de resoluciones judiciales inconstitucionales y de los mecanismos procesales a utilizar frente a tales contingencias.”*¹¹¹

¹⁰⁶ En GIMENO SENDRA, VICENTE Y OTROS, *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 1997, p. 29.

¹⁰⁷ MONROY GÁLVEZ, Juan, “Criterios para la identificación de las distintas formas de tutela procesal civil”, en *Derecho Procesal Penal. II Congreso Internacional*, Universidad de Lima, Lima, 2002, p. 179.

¹⁰⁸ SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal*, 1ra ed., Vol. I, Grijley, Lima, p. 55.

¹⁰⁹ SÁNCHEZ VELARDE, *Comentarios al Código Procesal Penal*, cit., p. 82.

¹¹⁰ SCHIAPPA-PIETRA, Oscar, *Notas sobre el debido proceso en la doctrina penal y en la Jurisprudencia europea de derechos humanos*, Instituto de Estudios Internacionales, Lima, 1996, p. 16

¹¹¹ PALOMINO MANCHEGO, José F. y ETO CRUZ, Gerardo, “Principios, derechos y garantías: Problemas escogidos”, en PALOMINO MANCHEGO, José F. y REMOTTI CARBONELL, José C. (Coords.), *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-Homenaje a Germán*

Moisés Tambini: *“Es el conjunto de disposiciones materiales de la aplicación de la justicia integradas en garantías fundamentales, sistematizadas para la adecuada prestación o impartición de justicia que la propia Constitución Política exige, y que no tienen otra finalidad que permitir a los justiciables la tutela jurisdiccional y el acceso a un proceso judicial justo, equitativo, veraz, imparcial y definitivo”*¹¹².

Cubas Villanueva: *“El due process, [es aquel principio] por el cual nadie puede ser privado de la vida, libertad o propiedad sin un proceso ajustado al fair trial o juicio limpio (...) El debido proceso se limita al ámbito del fair trial y con este fin comprende a todas las garantías que estén en concordancia con el fin de dotar a una causa penal de los mecanismos que protejan a la persona sometida a ella.”*¹¹³.

Pleno Jurisdiccional: *“entendiendo que este abarca temas tales como juez natural, procedimiento preestablecido por la ley, derecho de defensa, pluralidad de instancia, es decir temas más amplios que solo la libertad individual. En caso que la vulneración del debido proceso afecte directamente el derecho fundamental de la libertad, procede la interposición de hábeas corpus como una forma excepcional”*¹¹⁴.

El debido proceso se encuentra sustentado en la imparcialidad objetiva, que consiste en exigir que el órgano jurisdiccional no emprenda una actividad inquisitiva encubierta, al realizar una actuación probatoria en forma inopinada o de sorpresa o como parte de un plan preconcebido en contra de cualquier persona, sin respetar los límites señalados en la norma procesal existente, al tomar partido a favor del Fiscal o del imputado o agraviado. No sólo se debe rechazar la función inquisitiva de los procedimientos penales, sino que se debe medir la función acusatoria de dicho proceso; y no considerar a éste como un juicio de pago cualquiera.

La pena es sólo una cuestión de necesidad; el delito y el delincuente no son una cuestión de definición política, por lo que en todo proceso se requiere una dualidad de posiciones que garantice la contradicción, en tanto

J. Bidart Campos), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana)-Grijley, Lima, 2002, p. 546.

¹¹² TAMBINI DEL VALLE, Moisés, “El debido proceso”, en *Abogados. Directorio Jurídico*, N° 7, Lima, 2002, p. 49.

¹¹³ CUBAS VILLANUEVA, *El proceso Penal. Teoría y Práctica*, Palestra, Lima, 2000, p. 37.

¹¹⁴ Pleno Jurisdiccional Regional Penal, Año 2002. Tema N° 1 La acción de hábeas corpus como medio para garantizar el debido proceso (en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 68, mayo, Lima, 2004, p. 245).

principio general del derecho procesal penal, mediante el cual, nadie puede ser condenado y vencido en un juicio sin haber sido oído previamente; teniendo vigencia a lo largo de todo el procedimiento, el principio de igualdad de las partes, que determina la equiparidad de medios para la defensa de cada una de las posiciones utilizadas por éstas.

Es unánime el reconocimiento en la doctrina, que el Derecho Procesal Penal es el instrumento del Derecho Penal – sin que ello signifique que sea un brazo del derecho penal, por ser autónomo –, tiene como principal función de investigar la comisión de los delitos, establecer la responsabilidad del imputado – si los hubiera –, y sancionarlos o absolverlo llegado el caso; también la de respetar en dicho procedimiento, determinados principios y garantías que son derechos fundamentales de un procesado, como la presunción de inocencia, porque todo procesado es jurídicamente inocente mientras no se demuestre lo contrario con pruebas que se hubieran actuado en un proceso penal, legal y constitucionalmente admisibles, sólo en base a ellas se puede concluir que se ha destruido dicha presunción; su valoración objetiva y racionalmente fundada, lleva al juzgador al convencimiento de culpabilidad o inocencia del imputado.

Cabe reseñar también el contenido y elementos esenciales constitutivos del “*fair trial / fairen verfahren*” en el proceso alemán. “(...) *En cuanto al alcance del concepto podemos extraer los siguientes aspectos procedentes de sentencias del Tribunal Constitucional alemán: (...).*

i) la limpieza/equidad afines es un elemento integrante y que caracteriza al estado de derecho;

ii) como un derecho subjetivo del inculcado que no podrá ser violado en aras de la búsqueda de la verdad que persigue el proceso penal;

iii) en un Estado constitucional de derecho no podrá ser el acusado objeto de cualquier proceso, (...);

iv) un proceso penal podrá ser considerado limpio/equitativo cuando exista en él la certeza procesal “gewisse verfahrensrechtliche” de la igualdad de armas entre el Ministerio Fiscal y el inculcado y el proceso penal.(...) empleando el “fairen Verfahren” no sólo como principio general interpretativo de las leyes – dado que no se ha prodigado al respecto – sino como instrumento para la deducción de otros

principios independientes en el ámbito del Derecho Procesal (...) igualdad de armas, (...) obligación de asistencia. Otra de las situaciones que la Jurisprudencia como contraria (...) es aquella en la que los órganos que legalmente tienen atribuida la competencia para realizar la persecución penal actúen en forma abusiva.”¹¹⁵.

Hacemos referencia al debido proceso penal alemán – desarrollado por Iñaki Esparza Leibar –, quien sostiene al ámbito llamado “fair trial” (juicio limpio) que comprende a todas las garantías de los procesados. Mientras que nuestro país, el debido proceso – tal como refiere Víctor Cubas –, es una garantía constitucional que tiene como sustento el due process of law.

La garantía constitucional del debido proceso o el juicio limpio o el juicio justo o equitativo como se le conoce en Alemania es lo que caracteriza al Estado de derecho, lo cual lamentablemente, podemos afirmar que en nuestro país, no se cumple a cabalidad, sino todo lo contrario, tal como se comprueba, con la promulgación del Decreto Legislativo N° 959, – agosto de 2004 –, que modifica el artículo 14° de la Ley de Defensa Judicial del Estado – sin tener en cuenta que el 22 de julio del mismo año se había promulgado el NCPP – 2004 –, ampliando las facultades a los Procuradores Públicos en materia penal. Estas son las siguientes: *“(...) Participar en las investigaciones preliminares o complementarias llevadas a cabo por el Ministerio Público o la Policía Nacional, bajo la conducción de aquél (...) e intervenir en las declaraciones de los testigos y en las demás diligencias de investigación, todo ello sin menoscabo de las funciones y acciones que corresponden al Ministerio Público como titular de la acción penal. (...) Además, en lo concerniente a la parte civil (al haberse modificado el artículo 57 del Código de Procedimientos Penales), solicitar e intervenir en el procedimiento para la imposición, modificación o ampliación o cesación de medidas de coerción o limitativas de derechos”.*¹¹⁶

El Decreto Legislativo viola el debido proceso porque a los otros sujetos procesales, (imputado, tercero civil responsable) de acuerdo a dicha modificación no pueden intervenir en una investigación preliminar en la misma forma como se faculta a los procuradores, tal como se viene ejecutando en la actualidad, esto es, el estar presente para intervenir e

¹¹⁵ ESPARZA LEIBAR, Iñaki, *El principio del proceso debido*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 132.

¹¹⁶ Decreto Legislativo N° 959, promulgado el 17 de agosto de 2004.

interrogar al denunciado, testigos o peritos y a todos los citados, además, del Fiscal y Policía. Lo que significa que la igualdad de armas – garantizada en virtud del principio del debido proceso – ha desaparecido en perjuicio del imputado, lógicamente, debió haberse puesto en vigencia los artículos pertinentes del NCPP – 2004 ya promulgado – que es garantista –, tal como lo señala en forma expresa en el inciso 3 del artículo I del Título Preliminar: *Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer sus facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código (...)*; y no recurrir a la dación del referido Decreto Legislativo, pocos días después de promulgado el NCPP – 2004.

Por un lado tenemos al Fiscal y al Procurador Público (parte civil), quienes en un proceso penal son los que tienen mayores facilidades y facultades, comparados con los otros sujetos procesales, en especial con lo relacionado al imputado; corroborando que en este caso se vulnera el debido proceso, porque el investigado se encuentra en inferioridad de condiciones, mientras que el Estado – como parte civil – se encuentra doblemente representado-; y, lo que es más grave, también se les faculta para que puedan intervenir en todo lo relacionado con las medidas de coerción personal; de tal manera que no se ha tenido en cuenta al promulgar el citado Decreto Legislativo, que con anterioridad estaba vigente el artículo antes referido del NCPP – 2004.

Sin embargo, el órgano jurisdiccional ha venido concediendo estas facultades a la parte civil, sin existir una autorización expresa en alguna norma procesal antes de la promulgación del referido Decreto Legislativo. De acuerdo al NCPP – 2004, el actor civil no tiene las facultades antes referidas; respecto a las medidas limitativas o coercitivas personales, se precisa que el Fiscal es el único sujeto procesal legitimado para solicitar al Juez su aplicación, reforma, revocatoria, cesación o sustitución, mediante pedido debidamente fundamentado y dentro del marco de un proceso penal, respetando el principio de proporcionalidad y debe solicitarlo cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario; el actor civil, solamente está autorizado para solicitar la Ministración provisional o

embargo o medidas de carácter real, pero no, las personales, por lo que el Decreto Legislativo 959, viola la garantía constitucional de igualdad procesal.

La aplicación del principio de estricta necesidad de la pena, de *extrema ratio* y de subsidiariedad del Derecho Penal, lleva a que el Juez y/o Fiscal consideren que su rol es limitado y no exclusivo. Al formalizar la denuncia o dictar el auto apertorio de instrucción o la investigación preparatoria, respectivamente, se requiere que éstas no sean ambiguas u oscuras, sino que debe ser comprensibles para sus destinatarios y la tipificación de los hechos considerados como delito se verifique una correcta adecuación, a fin de evitar la excesiva discrecionalidad de los encargados de su realizarla y no se convierta en un acto arbitrario; además, sirva de marco para la actuación de los medios probatorios, como límite para que los sujetos procesales ofrezcan y se actúen solamente lo pertinente, para acreditar en el curso del proceso sus pretensiones.

Mariano Arbonés,: “(...) En suma sabemos el «para qué» pero no sabemos el «por qué» (...). Pero la bilateralidad del proceso no agota el panorama de lo que debemos entender por «proceso justo» o «juicio justo». (...) Entonces nos preguntamos, ¿cuál es el presupuesto para que un proceso, pese a la crítica que pueda merecer la decisión, sea considerado justo? Y a ello nos respondemos «su substractum ético». ¿En que se manifiesta este substractum ético? En la aleatoriedad del resultado. Cuando un proceso se ha realizado para cumplir una decisión política o se sabe, de antemano, cuál debe ser el resultado, estamos frente a un remedo de proceso, a un proceso aparente. Allí es donde el «instrumento», pierde su condición de «valioso» y repetimos, no porque no satisfaga la resolución que se adopte, sino porque no cumple con su objetivo específico que es el de ser el método adecuado para el descubrimiento de la verdad y aquí es donde se lo ve privado de su «substractum ético». El proceso podrá ser defectuoso, arbitrario u oculto, lo que lo hará anulable, pero si se ha cursado sólo para justificar el resultado decidido de antemano, entonces es nulo de nulidad absoluta, porque sencillamente es un antiproceto o un proceso inexistente”.¹¹⁷

¹¹⁷ ARBONÉS, Mariano, “Proceso justo”, en XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Libro de Ponencias, 1 al 3 de junio de 1995, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe (Argentina), 1995, p. 27.

El debido proceso garantiza la libertad del procesado a fin de no ser privado de ella ilegalmente, basado en la valoración de la equidad y la justicia, bajo el estricto respeto a los derechos fundamentales reconocidos en normas procesales y constitucionales a nivel nacional e internacional, con el objeto de limitar al poder público representado por los fiscales y jueces, ante el abuso y la arbitrariedad que en algunas oportunidades la expresan en sus resoluciones. Los principios más elementales del debido proceso incluyen la igualdad de armas, la motivación, el *indubio pro reo*, la razonabilidad de los plazos procesales, acceso a un juez competente, la independencia, el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo frente a actos que amenazan o violan los derechos fundamentales, ahora en la investigación preparatoria a cargo del Fiscal, es importante el control y la garantía que representa el Juez.

En la ponencia que expone dicho autor, no hace sino resaltar una situación recurrente en nuestro país, cuando en muchos casos se formulan denuncias y se inicia un proceso penal, siguiendo pautas de carácter político o presión mediática, lo que bien podría llamarse a este tipo de juicio como un remedo de proceso, porque su resultado ya se conoce desde el primer momento o de antemano; motivo por el cual podemos sostener que no se da cumplimiento al objeto del proceso penal, esto es, a conocer la verdad histórica y legal, vulnerándose las garantías del debido proceso o juicio justo, que muchas veces termina con una injusta e indebida sentencia condenatoria, como se verifica en casos concretos.

Manuel Rodríguez Juárez: *“El proceso, para ser justo, no basta que sea tramitado conforme a derecho, sino que debe ser tramitado teniendo en cuenta el grado de previsibilidad o flexibilidad que consagra el sistema jurídico considerado en forma integral”*¹¹⁸.

Mariana Fabiana Meglioli, *“(…) Paso a ejemplificar un proceso que debía concluir aproximadamente en un año y se prolonga por tres o cuatro, o más aún: ¿Es justo?; un proceso, que para garantizarnos el libre ejercicio del derecho de*

¹¹⁸ RODRÍGUEZ JUÁREZ, Manuel, “Proceso justo”, en *XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Libro de Ponencias*, 1 al 3 de junio de 1995, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe (Argentina), 1995, p. 37.

defensa, otorga a las partes herramientas que son utilizadas espuriamente para dilatar una resolución: ¿Es justo?; un proceso, que establece plazos fatales estrictos y que muchas veces en su cumplimiento sólo se logra la frustración de un derecho: ¿Es justo?; un proceso, que supedita su desarrollo al cumplimiento de determinadas cargas fiscales: ¿Es justo?; un proceso, que en la realidad cotidiana se desarrolla como «una competencia desleal», en donde cada parte sólo persigue posicionarse mejor que la otra a cualquier precio, sin perseguir la verdad de los hechos (...):

1) El axioma planteado, si el proceso es justo, debe ser estudiado desde distintos puntos, no sólo jurídico, sino ético, filosófico y fáctico.

2) la realidad nos demuestra que el proceso no está cumpliendo su cometido social de restablecer el orden jurídico, y deviene necesario renovarlo;

3) la reforma no puede ser parcial, ni simplemente normativa, sino que debe abarcar un cambio de todas las estructuras que hacen a la puesta en marcha y desarrollo del proceso judicial,

4) para este cambio es fundamental revalorizar los principios rectores del proceso, el de inmediación, preclusión, economía, concentración, como así también los de buena fe, probidad y veracidad procesal;

5) es necesario que el proceso sea menos formalista y más humano, como un juzgador realmente inmerso en el conflicto, que cuente con herramientas jurídicas necesarias para hacer efectivos los principios, cumplir los deberes procesales y lograr avenimientos, acuerdos, transacciones o conciliaciones;

6) el proceso hoy por hoy está en crisis, no está siendo útil, ni efectivo, ni mantiene equilibrio entre las partes, por lo que podríamos concluir que el proceso en la actualidad y en nuestra realidad es socialmente injusto”¹¹⁹.

Verificamos extensas citas de estos autores, al exponer lo que sucede en su país – una situación muy similar a la nuestra –, porque la mayoría de procesos penales se dilatan de manera innecesaria, violándose la garantía del plazo razonable y en los casos en los se encuentran involucrados imputados que sufren privación de libertad o al dictar leyes para prolongar la detención preventiva o dejar sin efecto los beneficios penitenciarios que tenían a su favor o recortar los plazos procesales. Pero, lo más preocupante

¹¹⁹ MEGLIOLI, María Fabiana, “Proceso justo”, en XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Libro de Ponencias, 1 al 3 de junio de 1995, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe (Argentina), 1995, p. 42.

es el anuncio de la implementación del NCPP – 2004, para los casos de corrupción en todo el país, que en buena cuenta va a ser utilizados por los nuevos corruptos, por ser los más beneficiados por el control del plazo de la investigación preparatoria y el requerimiento del sobreseimiento, al no poder acreditar el delito o la responsabilidad del procesado, se archiva ésta.

En efecto, el relato dramático que verifica María Fabiana Meglioli, es el evidente sufrimiento de un procesado en nuestro país, cuando se promulgan dispositivos legales para dejar de lado la igualdad de armas o no se dictan medidas procesales para disminuir la carga procesal o una verdadera reforma judicial, como las de modificar las estructuras existentes en el órgano jurisdiccional; para lo cual, es necesario revalorizar los principios rectores que rigen un proceso, donde debe primar la buena fe, la probidad y veracidad procesal y que los fiscales actúen con más humanidad y equidad, al dictar sus resoluciones, sobre todo en lo relacionado con la privación de libertad y su indebida prolongación, constituyendo, en muchas oportunidades una detención arbitraria.

Mario Claudio Parrachione: *“(...)Es indispensable lograr una mayor justicia en el proceso, no sólo mediante una mayor equidad de los fallos, sino especialmente, disminuyendo uno de los problemas más acuciantes que se ciernen sobre la administración de justicia, esto es el tiempo excesivo que insume la tramitación del proceso hasta su finalización; pero la consecución de este propósito no depende de la implantación de un sistema más oral o más escriturario, sino de la existencia de instituciones que agilicen el proceso, como son: i) Impulso procesal de oficio; ii) un sistema de preclusión atenuado, de modo que los jueces tengan la flexibilidad necesaria para dar a los valores la preeminencia que le corresponden(...) iii) recursos ordinarios que deban satisfacer mayores requisitos de fundamentación para que la segunda instancia no sea una etapa «obligatoria», sino eventual”¹²⁰.*

En el Congreso celebrado en Santa Fe – Argentina –, se analizaron los procedimientos existentes, llegando a conclusiones realistas para afianzar la justicia, sosteniendo el respeto a los derechos del procesado que tiene que enfrentarse al poder del Estado, como el debido proceso o proceso justo; se

¹²⁰ PERRACHIONE, Mario Claudio, “Proceso justo”, en XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Libro de Ponencias, 1 al 3 de junio de 1995, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe (Argentina), 1995, p. 55.

sostuvo con firmeza que el derecho procesal debe ser visto como el sistema circulatorio de la libertad, en las arterias institucionales de un pueblo y que de nada sirven las pomposas declaraciones sobre derechos y garantías, si para hacerlas efectivas mucha veces depende de un proceso azaroso y dilatado, resultando inalcanzable conseguir justicia, para quien ve afectado su derecho por una de las partes; y, cuando culmina éste verifica que final no ha podido conseguir que le sea reconocido tal vulneración, ya sea como vencedor o como vencido, en base a una correcta apreciación de los hechos y la aplicación del derecho.

Tal como se ha analizado en dicho Congreso, lo que se persigue en un proceso justo o debido proceso, es el respeto a las garantías procesales que tienen todos los sujetos que intervienen en él, precisando que de nada sirven los argumentos o declaraciones que se esgrimen para que la administración de justicia sea rápida; pero, sin embargo, no le proporcionan los medios que se requiere para conseguir dicho objetivo y que su resultado sea previsible, para lo cual ha de tenerse en cuenta las pruebas que se ofrecen, actúan y sean valoradas por el juzgador, al otorgar el derecho al sujeto procesal que le corresponde, de acuerdo a ley.

A todo ello se agrega que los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional, verificamos que algunas oportunidades sus sentencias son modificadas, dejando de lado el criterio adoptado con anterioridad, al menos en lo que respecta al plazo razonable de la detención preventiva judicial o la domiciliaria, variación que se ha verificado sin fijar una solución al problema que motiva la privación de libertad y que fue objeto de su planteamiento; también los Plenarios de la Corte Suprema, que muchas veces no son aplicados por los integrantes del órgano jurisdiccional, lo que motiva que el justiciable no pueda tener un reflejo claro y evidente, de cómo puede ser resuelta su problema al recurrir a un proceso penal, es decir, no es “la ventana por el cual ya observa cual ha de ser el resultado de su proceso”.

II. 1. 3. 9.- EJECUTORIAS.

Sentencia del Tribunal Constitucional español sobre el tema: *“Pues como ha sido puesto de relieve en muchas ocasiones por este Tribunal, el particular no tiene un derecho fundamental constitucionalmente protegido por la condena penal de otra persona (...) sino que a la víctima del delito le asiste (...) el derecho a poner en marcha un proceso, sustanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho (...)”*¹²¹.

El Tribunal Constitucional peruano. *“En efecto, el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos incluidos los administrativos. (...). El derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo: el derecho al juez natural – jurisdicción predeterminada por la ley –, de defensa, a la pluralidad de instancias, a los medios de prueba y a un proceso sin dilaciones”*¹²².

Ejecutoria de la Corte Suprema: *“El debido proceso se puede definir como todo el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran la libertad y la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho; por lo que, desde este punto de vista, entonces el debido proceso es el principio madre o generatriz del cual dimanar todos y cada uno de los principios del derecho procesal penal”*¹²³.

Ante la comisión de un hecho delictivo, la fiscalía recurre al órgano jurisdiccional a fin de que se administre justicia y a la culminación de un proceso para ser considerado justo o equitativo; para considerar que se ha obtenido la paz social, se requiere que el resultado al cual llega la resolución o sentencia, debe estar basado en la credibilidad de la misma, porque se valoró correctamente las pruebas y se tipificó adecuadamente en la ley correspondiente. Es por ello, que los sujetos procesales esperan que los administradores de justicia al intervenir desde el inicio y durante el curso del proceso observen el conjunto de reglas básicas previamente señaladas,

¹²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español, 120/ 2000 (en JAÉN VALLEJO, Manuel, *La justicia penal en la Jurisprudencia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 208).

¹²² Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 15 de agosto de 2002 en el Exp. N° 0858-2001-AA/TC (en RUBIO CORREA, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, cit., p. 186).

¹²³ Exp. N° 1203-99 (en ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*, cit., T. I, p. 473).

para que al final del mismo cumplan con su cometido, al aplicar y otorgar el derecho a quien corresponda, debiendo constituir la terminación del mismo en un acto racional y legítimo por parte del juzgador al solucionar un conflicto social, en estricto cumplimiento a lo señalado en la las leyes penales y procesales, solamente así, la sociedad verá renovada su fe en la justicia, al otorgar la razón al sujeto que la tiene.

En definitiva, el Fiscal, el Juez no pueden prescindir, cada uno, de las funciones que le compete de acuerdo a los principios garantistas del Derecho penal y los de carácter objetivo del Derecho procesal, han de estar correcta y copulativamente aplicados, no pueden existir uno sin el otro, porque son indispensables en la intervención punitiva del Estado a fin de que se aplique la sanción señalada en la ley penal o se lo absuelva al acreditarse su inocencia, no se debe tratar de deducir los hechos probados, solamente, a partir de la calificación jurídica efectuada por el Fiscal y el Juez o de los razonamientos que pueda llegar sobre la misma, sino que tiene que ser en base a lo actuado en un proceso penal, porque de no hacerlo – como sucede en algunos casos –, significa que se separa de la lógica y de la aplicación del derecho, porque previamente debe tomar en consideración que los hechos imputados han sido debidamente acreditados con pruebas legítimas o lícitas, ofrecidas y actuadas en un proceso penal con las debidas garantías, tanto en lo que respecta a la víctima como al imputado del delito materia de juzgamiento.

El debido proceso como principio de los derechos fundamentales que garantiza la Constitución a favor de los justiciables se verifica cuando los encargados de administrar justicia respetan las reglas o procedimientos, debiendo privilegiar razonablemente la tutela del derecho sobre las formas procesales; y la vulneración de éstos, da lugar a que el proceso se convierta en irregular, porque el imputado o la víctima no son considerados como sujetos poseedores de ciertos derechos, como la vigencia de un determinado procedimiento o la prolongación del plazo más allá del tiempo razonable, lo que origina que se mantenga en la incertidumbre el conflicto, al no declarar a favor o en contra en el tiempo oportuno, más aún, cuando se

trata del imputado que tiene una doble posición, como objeto de indagación y como sujeto procesal, ya que el proceso gira en torno a su culpabilidad, la misma que tiene que ser acreditada en el proceso.

Las pruebas para que tengan valor deben haberse ofrecido y actuado de acuerdo a lo que se encuentra establecido en las normas procesales, porque si su ingreso se ha verificado vulnerando éstas, no debe ser tomado en cuenta, ni mucho menos valoradas por el juez, quien para llegar a la convicción respecto a la comisión del delito y la responsabilidad penal del procesado, tiene que sustentarlo de acuerdo a lo actuado en el curso del juicio, por ser el único destinatario de una prueba, basado en el principio de legalidad procesal; de tal manera, que las diligencias y declaraciones que se llevan a cabo en las diversas comisiones – Fiscalización del Congreso de la República o de la Verdad o Reconciliación –, no tienen valor probatorio, sino solamente referencial; porque para ser consideradas como medios probatorios, deben haber sido ofrecidas y actuadas en el proceso penal, con las formalidades y las debidas garantías establecidas en las leyes procesales.

El imputado es, por excelencia un sujeto esencial, porque su presencia en un proceso penal es indispensable y básica para considerar una relación procesal válida, razón por la cual, nuestro ordenamiento le brinda una serie de derechos, así como también, deberes que debe cumplir – al igual que los otros sujetos procesales –; y el incumplimiento de los mismos, acarrea la vulneración de los derechos fundamentales y el debido proceso. De modo que cualquier acto imputado, inicialmente se origina por la sindicación a una persona como autor o partícipe de la comisión de un hecho punible; y es a partir de ese momento que podemos sostener que se encuentra legitimado y facultado para ejercer todos los derechos constitucionales y procesales de los que goza un imputado en un proceso que debe afrontar con todas las garantías previstas en la ley procesal.

El acceso a la justicia se encuentra concebida como un valor fundamental del proceso – tutela judicial –, como el derecho que tiene toda persona para obtener una respuestas satisfactoria ante sus necesidades jurídicas, basado

en la regulación del procedimiento existente con anterioridad a los hechos que motivan recurrir a la administración de justicia, por tratarse de una garantía judicial, que debe existir antes, durante y después de un proceso, porque solamente así, se hace posible conseguir la solución de todas y cada una de las pretensiones que son sometidas a su conocimiento por los sujetos procesales, a fin de que emitan un pronunciamiento sobre los extremos controvertidos de manera imparcial e independiente, tutelando los intereses a quien corresponda, a través de una serie de actos que se encuentran concatenados y que revisten un contenido de justicia y equidad, manifestada a través de la normatividad vigente para resolver un conflicto, motivo por el cual el órgano jurisdiccional debe estar involucrado en tres funciones:

- a) la determinación del hecho;
- b) procedimiento a seguir; y,
- c) la determinación de la ley aplicable al caso concreto.

Cuando el órgano jurisdiccional cumple u observa el debido proceso o tutela judicial efectiva, éste debe concluir precisando si el hecho imputado se ha producido y que ha sido cometido mediante acción u omisión por parte del autor o partícipe; para tal efecto, es necesario la observación de las reglas o procedimientos por los sujetos procesales – Fiscal, Juez, imputado, tercero civil responsable y víctima o agraviado –, precisando que ha llegado al convencimiento sobre la responsabilidad penal o culpabilidad del procesado o declararlo inocente cuando suceda todo lo contrario, en virtud de una operación mental que debe realizar el Juez, luego de la respectiva valoración de las pruebas ofrecidas y actuadas en el curso del proceso, por los sujetos procesales, ya sea, porque al final se ha llegado a establecer o considerar, por parte del juzgador que se destruyó o no la presunción de inocencia.

II. 1. 4.- PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

II. 1. 4. 1.- CONCEPTO.

El párrafo “e” del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política, señala: *“Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”*

El inciso 1 del artículo II del Título Preliminar del NCPP – 2004: *“Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales”*.

El inciso 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: *“Toda persona inculpada de delito tiene derechos a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente la culpabilidad”*.

El inciso 2 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley”*.

Presunción: *Conjetura, suposición, señal, sospecha.*¹²⁴

Como se verifica en la Carta Magna y en el NCPP – 2004, la presunción de inocencia tiene una significación jurídica – constitucional, motivo por el cual, es un derecho fundamental que le asiste a toda persona de ser considerado inocente desde el momento en que se le imputa la comisión de un delito, teniendo la condición de sospechoso durante la tramitación del proceso hasta al final del mismo, en tanto no sea declarado culpable mediante una sentencia firme debidamente motivada; y sirve de fundamento a favor del imputado al condicionar esta posición jurídica que lo beneficia únicamente a él, como una garantía específica en cada etapa del desarrollo del juicio. Es una presunción *iuris tantum*, a favor de toda procesado se le considera inocente de cualquier delito que se le impute, mientras no se acredite su culpabilidad, mediante prueba suficiente para destruirla.

¹²⁴ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual-* Tomo VI, p 390

Además, es una exigencia al legislador quien debe dictar normas procesales que aseguren la eficacia en la lucha contra la delincuencia, la misma que no debe ser a costa de sacrificar la libertad y la inocencia de un presunto culpable, porque toda persona goza del derecho de presunción de la misma, debiendo constituir un primordial reconocimiento por parte de los encargados de administrar justicia, como una premisa inicial a favor de toda aquella persona que se encuentra sometido a un proceso: penal, laboral, administrativo, tributario, etc. El principio de presunción de inocencia rige para todos los poderes públicos de manera directa y vinculante, aplicándose, también a situaciones extra penales; operando con mayor exigencia en el ámbito procesal penal, al tener una trascendental importancia en el régimen jurídico de la prueba, tanto como fuente, ofrecimiento, actuación y su valoración.

Los Tratados Internacionales hacen expresa mención a la presunción de inocencia como un “derecho fundamental”, considerado como una garantía constitucional y no como una “ficción jurídica”, la misma que como límite a la potestad sancionadora del Estado, porque el principio de culpabilidad, la sanción, penal o disciplinaria, solo se sustenta en la comprobación de responsabilidad subjetiva del procesado, como infractor de un bien jurídico. Los derechos fundamentales significan la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, así como también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica del ordenamiento, constituyendo un instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. En sentido estricto, son los concretos atributos que la persona humana ostenta al amparo de las normas válidas derivadas directamente de las disposiciones contenidas en la Constitución que reconoce tales derechos.

El término presunción utilizado en sentido jurídico, es la inducción a llegar a un hecho desconocido o consecuencia, partiendo de la existencia de un dato anterior conocido, que debe estar probado en el proceso; existiendo por lo tanto un enlace lógico o causal entre ambos hechos; el segundo es la premisa del primero, que constituye su consecuencia necesaria. Las

diversas ejecutorias dictadas a nivel internacional y nacional (Tribunal Constitucional, Corte Suprema), consideran a la presunción de inocencia *iuris tantum*.

De la presunción de inocencia derivan dos consecuencias procesales:

- a) que el imputado no tiene el deber de probar su inocencia; y
- b) quienes tienen la carga de la prueba son el Ministerio Público y el actor civil, para acreditar el delito y la responsabilidad penal del procesado.

Para condenar al procesado, el juzgador debe tener la plena certeza y convicción de la comisión del delito imputado y la responsabilidad del autor o partícipe en el hecho punible, al haber sido destruida la presunción de inocencia en contra de éstos; luego de realizada una mínima y suficiente actividad probatoria, ofrecida y actuada con las debidas garantías procesales, que resulten racionalmente de cargo con estricto respeto a los derechos fundamentales, porque no puede trasladarse la carga de la prueba a quien soporta la imputación, de ser así, daría lugar a sancionar lo que no ha sido probado en el proceso; y, lo más grave, es que el imputado sea objeto de una sentencia condenatoria porque no ha podido demostrar su inocencia, quebrantando el derecho constitucional que ésta se presume desde el inicio. Es el caso, que los obligados a probar el hecho y la responsabilidad del procesado, no cumplen con hacerlo; y en la actualidad verificamos que muchas veces se basan en lo actuado a nivel policial para sostener la presunta comisión del delito o la culpabilidad del imputado

Este principio constitucional protege el derecho del imputado de ser tratado jurídicamente como inocente por las autoridades encargados de la investigación y del juzgamiento, porque esta presunción se mantiene “viva” y garantiza que no se le adjudique consecuencias gravosas ante la imputación de un delito, sino cuando que se dicte una sentencia que determine luego de haberse llevado a cabo la actuación de pruebas con las debidas garantías inherentes al debido proceso logre desvirtuar la presunción de inocencia, por ser deber del Estado y las demás personas respetar esta situación que tiene todo procesado al estar sometido a un juicio penal, requiriendo una conexión lógica racional entre prueba y el hecho expuesto en las

resoluciones judiciales emitidas al inicio de la investigación preliminar o investigación preparatoria o del auto apertorio de instrucción hasta su culminación, las mismas que deben estar cimentada en auténticos medios probatorios, que excluya toda apreciación arbitraria por parte del órgano jurisdiccional.

La presunción de inocencia, como derecho y garantía constitucional, es un criterio informador y rector del derecho penal y procesal, de ineludible observancia por la autoridad judicial o la autoridades encargadas de su persecución, siendo de trascendental importancia en el régimen jurídico relacionado con la prueba penal; y, más aún, cuando se trata de privar de libertad a una persona, pretendiendo basarla en la gravedad de la pena señalada en el tipo penal, porque tomar dicha medida basada únicamente en ella, supone invertir la presunción de inocencia por el de criminalidad, motivo por el cual cualquier restricción a ella debe ser aplicada como última ratio, a la que el órgano jurisdiccional debe recurrir excepcionalmente, pues la libertad es la regla; y no como sucede en muchos casos – en la actualidad –, en las que los encargados de administrar justicia aplican el principio de sospecha o de culpabilidad para privar de libertad a una persona, razón por la que reviste vital importancia esta garantía constitucional y debe ser tomado en cuenta por las autoridades judiciales.

Los requisitos de la actividad probatoria, son las siguientes:

a.- Prueba existente.- La prueba tiene que ser objetiva y ha de existir al haberse actuado en el curso del proceso.

b.- Prueba válida.- Es aquella producto del respeto a su adquisición con las garantías procesales o la prueba obtenida bajo el tamiz previo del sometimiento al procedimiento establecido con anterioridad.

c.- Prueba lícita.- Las pruebas obtenidas mediante el respeto a los derechos fundamentales.

d.- Prueba suficiente.- Que resulte razonablemente necesaria y útil para destruir la presunción de inocencia.

En la práctica judicial.- en la mayoría de los casos- es el imputado quien lucha por demostrar o construir su inocencia, sobre todo, en un proceso

inquisitivo en la que se verifica una despreocupación de investigar, sobre todo, cuando el imputado se declara confeso, a pesar de que el Fiscal o Juez están obligados a realizar la actuación de medios probatorios para corroborar lo que afirma, porque en algunas oportunidades el imputado asume una presunta autoría que no le corresponde, por lo que es necesario corroborar “su confesión”. Más aún, cuando éste tiene derecho a guardar silencio o declarar falsamente, razón por la que se deben actuar otros medios probatorios a fin de concluir que la imputación formulada en contra del imputado es cierta, respecto a la comisión del delito o su culpabilidad y en su oportunidad la sentencia que se dicte, se sustente en medios probatorios o prueba indiciaria, que hayan destruido la presunción de inocencia; porque si la insuficiencia probatoria ha sido incapaz de desvirtuarla o si existe una duda razonable, debe ser absuelto, al primar este principio.

De acuerdo al artículo 158 del NCPP – 2004, para la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, exponiendo los resultados obtenidos y criterios adoptados. En tanto que la prueba por indicios requiere:

- a) que el indicio esté probado,
- b) que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia,
- c) cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contra indicios consistentes.

De lo expuesto se puede concluir que los indicios deben estar plenamente probados de manera indubitable, con pruebas ofrecidas y actuadas en el proceso; que entre el indicio y el presunto hecho ilícito imputado exista un enlace lógico. El juzgador debe explicar el razonamiento mediante el cual a partir de los indicios ha llegado a tener la certeza y convicción de que se ha producido la comisión del delito y el imputado es responsable, al haberse destruido la presunción de inocencia en el curso de un debido proceso.

II. 1. 4. 2.- OPINIONES.

Julio B. J. Maier: *“La ley fundamental impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, (...) no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y sometida a una pena (...)”*¹²⁵.

Alberto Binder: *“i) Que sólo la sentencia tiene esa virtualidad; ii) que al momento de la sentencia sólo existen dos posibilidades: o culpable, o inocente; iii) que la «culpabilidad» debe ser jurídicamente construida; iv) implica la adquisición de un grado de certeza; v) el imputado no tiene que construir su inocencia; vi) no puede ser tratado como culpable; vii) que no pueden existir ficciones de culpabilidad, es decir, parte de culpabilidad que no necesitan ser probadas”*¹²⁶.

Cubas Villanueva: *“al sindicado se le debe dar un trato de “no autor”, (...). “i) La inversión de la carga de la prueba, es decir que quien acusa tiene que probar la culpabilidad (...); ii) el despliegue de una actividad probatoria mínima está referida a que las pruebas de cargo (...); iii) que las pruebas se hayan ofrecidos con las debidas garantías procesales; y iv) hayan sido valoradas libremente”*.¹²⁷

Pedro Carballo Armas: *“(…), la «presunción de inocencia», aparece íntimamente ligada al derecho a un «proceso debido”*¹²⁸.

José Cafferata Nores: *“Este principio significa que no se podrá penar como culpable (ni mucho menos se podrá tratar como tal durante el proceso penal) a quien no se le haya probado previamente su culpabilidad en una sentencia firme dictada dentro de un proceso regular y legal (...)”*¹²⁹.

José Luis Vásquez Sotelo: *“(…). Al ser elevado al rango de derecho fundamental consagrado en la Constitución la presunción de inocencia goza de ese privilegio y de preeminencia que es propia de los derechos fundamentales. (...)”*¹³⁰.

Luis López Guerra, *“(…) La presunción de inocencia no exige sólo que se practique prueba, sino que ésta sea de cargo, y referente y conectada a los hechos que se pretende probar (...)”*¹³¹.

¹²⁵ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, T. I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1979, p. 490.

¹²⁶ BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad-Hoc, cit, p. 121.

¹²⁷ CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El proceso Penal. Teoría y Práctica*, cit, p. 30.

¹²⁸ CARBALLO ARMAS, Pedro, *“La presunción de inocencia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”*, en *Derecho & Sociedad*, N° 22, Lima, 2004, p. 298.

¹²⁹ CAFFERATA NORES, *Proceso Penal y Derechos humanos*, cit., p. 70.

¹³⁰ VÁSQUEZ SOTELO, José Luis, *“Presunción de inocencia”*, en AA.VV., *Los principios del proceso penal y la presunción de inocencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

Teresa Fuentes: “de un lado el desplazamiento de la carga de la prueba en las partes acusadoras, quienes habrán de probar los hechos constitutivos de la pretensión penal, y, de otro, la necesidad de que ningún ciudadano pueda ser condenado sin previa realización en el juicio, de una mínima actividad probatoria,”¹³².

Carlos Miguéles del Río: “Por lo tanto, conviene indicar que la presunción de inocencia en el proceso penal tiene naturaleza pasiva, o lo que es lo mismo, no comporta de un comportamiento activo de su titular, en cuanto contempla a la persona como sujeto del mismo en cuanto tal y no como miembro del cuerpo social”¹³³.

La presunción de inocencia crea a favor de las personas un verdadero derecho subjetivo para ser consideradas como inocentes de cualquier delito imputado, al ser una garantía constitucional, en materia penal hay una presunción iuris tantum, porque la culpabilidad se prueba, tal como lo reconocen los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos; y en base a dicho principio se han dictado sentencias en las que se concluye que el procesado no debe probar su inocencia, porque acreditar la culpabilidad penal le corresponde a los encargados de demostrarla, mediante la realización de una actividad probatoria con las debidas garantías procesales a fin de que se pueda concluir judicialmente que el imputado es culpable del delito imputado.

Miguel Pérez: “(...) Que el derecho de presunción de inocencia no se opone a la convicción judicial en un proceso penal que pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, ya que no siempre es posible en los juicios penales la utilización de la prueba directa y prescindir de la misma indiciaria, conduciría en ocasiones a la impunidad, lo que provocaría una grave indefensión social, (...)”¹³⁴.

¹³¹ LÓPEZ GUERRA, Luis, “Presunción de inocencia, tutela judicial y motivación de sentencias penales”, en AA.VV., *Los principios del proceso penal y la presunción de inocencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

¹³² PUENTES Y JIMÉNEZ DE ANDRADE, Teresa, “Los principios del proceso penal y la presunción de inocencia”, en AA.VV., *Los principios del proceso penal y la presunción de inocencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

¹³³ MIGUÉLES DEL RÍO, Carlos, “Principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia”, en AA.VV., *Los principios del proceso penal y la presunción de inocencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

¹³⁴ PÉREZ CAPELLA, Miguel, “El principio de presunción de inocencia”, en AA.VV., *Los principios del proceso penal y la presunción de inocencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

Vicente Gimeno Sendra: *“La presunción de inocencia, está, pues, presente a lo largo de todas las fases del proceso penal y de todas sus instancias (...), y la prisión provisional, en particular, no puedan ser adoptados sin la existencia previa de fundados motivos de participación en el hecho punible del imputado (...).”*¹³⁵

César San Martín: *“(...) La culpabilidad, (...). Se asienta en dos ideas: i) exigencia de auténticos actos de prueba; y, ii) el principio de libre valoración o criterio de conciencia por los jueces ordinarios en su valoración (...) Es el Ministerio Público quien habrá de reunir aquella suficiente y necesaria actividad probatoria para destruir la presunción de inocencia”*¹³⁶.

Luigi Ferrajoli: *“La presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa seguridad específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; (...)”*¹³⁷

Fany Quispe Farfán: *“La presunción de inocencia tiene una triple dimensión, es un derecho, principio y garantía constitucional. Es un derecho, subjetivo por el cual todo sindicado debe recibir el trato y no consideración de no autor. Es un principio rector de la administración de justicia que debe fijar las directrices de cualquier regulación legal. Y es además una garantía genérica que limita la persecución estatal. (...) “se encuentra íntimamente ligada a los derechos fundamentales de.”*¹³⁸.

Los autores antes mencionados señalan que la presunción de inocencia está íntimamente ligada a la dignidad de las personas, la misma que lamentablemente, no es tomada en consideración por algunos miembros del órgano jurisdiccional o fiscales, pese a ser un principio constitucional que es de vital importancia en la administración de justicia; estamos seguros que esta situación variará con el sistema acusatorio al entrar en vigencia el NCPP – 2004, tal como se señala en la exposición de motivos, sus principales líneas rectoras son: separación de funciones de investigación y juzgamiento; el proceso se desarrolle conforme a los principios de

¹³⁵ GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Vicente; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, Colex, cit, p. 94.

¹³⁶ SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, cit, p. 68.

¹³⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Teoría y Razón*, Trotta, Madrid, p. 549.

¹³⁸ QUISPE FARFÁN, Fany Soledad, *La Degradación de la Garantía Constitucional de la Presunción de Inocencia*, tesis presentada para la obtención de título de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la U.N.M.S.M., Lima, 1998, p. 139.

contradicción e igualdad y; la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso, etc.; los derechos fundamentales no pueden ser restringidos arbitrariamente, quebrantando la seguridad jurídica, debido a que toda investigación fiscal o judicial debe partir de la premisa que ninguna persona es culpable, sino que es inocente y durante el proceso mediante una mínima actuación probatoria se tiene que acreditar su responsabilidad, es decir, que el Ministerio Público y el actor civil tienen la carga a fin de destruir la presunción de inocencia que protege a todo imputado durante el curso del proceso, hasta que se dicte la sentencia absolutoria o condenatoria.

Neyra Flores, sostiene: *“Este derecho fundamental presenta diferentes vertientes: a) Como principio informador del proceso penal (esto es, como concepto en torno al que se construye un determinado modelo procesal), b) Como regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal (el imputado es inocente hasta el final y las medidas restrictivas de sus derechos deben ser mínimas), c) La presunción de inocencia como regla de prueba, y d) La presunción de inocencia como regla de juicio”*¹³⁹

De lo expuesto tenemos que la presunción de inocencia como derecho fundamental el órgano jurisdiccional en un proceso penal, debe marcar el camino a seguir y tenerlo en cuenta hasta el final del proceso, sobre todo cuando se dicte una medida restrictiva de carácter personal, por limitar la libertad física debe ser considerada como última ratio que el juzgado puede recurrir a ella, por lo que debe ser aplicada en forma mínima, susceptible de ser aplicada en circunstancias excepcionales. Para desvirtuar la presunción de inocencia, se requiere de medios de pruebas que sean consideradas aptas y legalmente producidas, es decir, en base a una actividad probatoria idónea que, con las debidas garantías procesales, produzcan y conduzcan al juzgador al convencimiento de culpabilidad del imputado, motivo por el cual se limita la actuación del Estado. Porque esta garantía prevista en la Constitución configura una norma directa y vinculante para todos los poderes públicos y de mayor trascendencia en los procesos penales.

¹³⁹ NEYRA FLORES, José, *Manual del Nuevo Proceso Penal & De Litigación Oral*, Editorial Ideosa, Lima, 2010, p 174

II. 1. 4. 3.- EJECUTORIAS.

El Tribunal Constitucional español: “(...), presunción que, por tanto, sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley, declara su culpabilidad en un proceso celebrado con todas las garantías (...). Pues bien, entre las múltiples facetas de este concepto poliédrico hay una procesal, que consiste en desplazar el *onus probandi*, la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la acusación penal, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos. (...)”¹⁴⁰.

Otra sentencia: “la prueba de cargo,(...) requiere: verificar, primero, que las pruebas o algunas de ellas hayan tenido por objeto los hechos que se le atribuyen al acusado y la intervención misma de éste en ellos, pues, si las pruebas practicadas no versaron o carecen de virtualidad genérica para acreditar ambos extremos ni siquiera pueda entenderse que haya existido prueba; y comprobar, después, que la prueba tenga carácter incriminatorio del acusado, esto es, que pueda servir para fundar el juicio de culpabilidad (...)”¹⁴¹.

Otra sentencia: “[La] prueba de indicios exige dos elementos: i) que entre tales hechos básicos estén completamente probados; ii) que entre tales hechos básicos y aquél que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. La prueba indiciaria se caracteriza por el mayor subjetivismo que preside su valoración por el juzgador y, (...)”¹⁴².

Corte Suprema: “debe constatarse la objetividad de la prueba, es decir su constancia procesal, que ésta haya sido válidamente adquirida y practicada y que además, sea suficiente, ya que no basta que se hayan utilizado medios de prueba, sino que es preciso que el empleo de tales medios se llegue a un resultado probatorio, suficiente para sustentar racionalmente la culpabilidad; (...) y si la prueba procesal que se constata o advierte en la causa responde a las exigencias mínimas de la actividad probatoria, corresponde afirmar que si bien existe sindicación directa, dicha sindicación debe ser corroborada a través de prueba suficiente, pertinente y conducente que permita destruir su condición jurídica de inocencia”¹⁴³.

¹⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional español 209/1999 (en JAÉN VALLEJO, Manuel, *Derecho a la presunción de inocencia*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 8).

¹⁴¹ STC español 229/99 (en JAÉN VALLEJO, *Derecho a la presunción de inocencia*, cit., p. 17).

¹⁴² STC español 117/2000, Motivación de la prueba indiciaria (en JAÉN VALLEJO, *Derecho a la presunción de inocencia*, cit., p. 201).

¹⁴³ Exp. R.N. N° 706-99, Lima (en *Normas Legales*, T. 289, junio, Trujillo, 2000, p. 43).

Los tratadistas, las ejecutorias del Tribunal Constitucional español y peruano, así como de la Sala Penal de la Corte Suprema, concuerdan en sostener que el imputado mantiene su estado o condición jurídica de inocencia en tanto no se demuestre con certeza su culpabilidad; y para llegar a la sentencia condenatoria es necesario que, la misma debe estar sustentada mediante una adecuada y mínima actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías en el curso del proceso quede desvirtuada esa inocencia, en cuanto a su eficacia debe tener la aptitud suficiente como para que el Juez esté convencido de la comisión del hecho delictivo y su responsabilidad penal; y al no llegar a destruir la presunción de inocencia se tiene que emitir un fallo absolutorio.

El problema que se presenta en el actual proceso penal sumario tal como lo prescribe el Decreto Legislativo N° 124, es el juez penal investiga, ofrece y actúa pruebas de oficio y dicta sentencia; es decir, una misma persona al final valora todos los medios probatorios que han sido incorporados en un proceso penal por su propia iniciativa o de terceros. De tal manera, que estos procesos sumarios – inconstitucionales –, el Juez se convierte en actor, director y crítico de su propia obra; es más, el sistema procesal que rige de acuerdo al C. de P. P., verificamos que una mayoría de los integrantes del órgano jurisdiccional parten aplicando el principio de culpabilidad del imputado al iniciar un proceso penal, con la finalidad de dictar un mandato de detención preventiva, muchas veces, movidos por una presión mediática y sin la existencia de pruebas de su vinculación con el hecho punible que motiva la denuncia formulada por el Fiscal.

Esta garantía constitucional está concebida como un derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, idóneas y convincentes, las mismas que han debido ser ofrecidas y practicadas en el procedimiento previamente establecido; para luego ser valoradas y dictar la resolución respectiva, debidamente motivada al concluir el proceso, con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia, aplicando la norma penal en el caso concreto, por lo que se requiere una precisa determinación de los hechos probados que deben estar plasmados en la correspondiente resolución, a fin

de dejar claramente establecido que no hay un margen de duda en el juzgador, evidenciando respeto a las debidas garantías constitucionales y procesales, valoradas libremente por el Juez..

Al procesado no le corresponde probar, ni construir su inocencia porque la presunción lo ampara constitucionalmente al existir anticipadamente esta garantía; y es al Fiscal, al juez (en la actualidad), al actor civil, a quienes le competen destruirla, mientras tanto, al no existir una sentencia que lo declare culpable, estamos ante un “vacío probatorio”, instituyéndose, como un principio de legalidad procesal. Como requisito de la actividad probatoria para destruir la presunción de inocencia se exige la existencia de pruebas objetivas como constancia procesal que éstas hayan sido válidamente obtenidas y que sean suficientes, sobre todo porque la “carga de la prueba”, tiene contenido sustancial por corresponderle de manera especial al Fiscal.

Para la presunción de inocencia se debe tener en cuenta:

- a) Es una garantía de la justicia penal, porque la norma se sustenta en la no culpabilidad del imputado y para desvirtuarla se debe probar que ha tenido intervención en el hecho punible,
- b) como una regla de tratamiento al imputado, quien debe ser considerado como inocente en el curso de todo el proceso;
- c) como regla básica que al final del juicio, la presunción de inocencia sólo puede ser desvirtuada ante la existencia de una actividad probatoria que se ha practicado bajo las observancias de normas constitucionales y procesales que garantizan la admisión y actuación de las pruebas que son consideradas como de cargo en contra del procesado, previa valoración de las mismas, al momento de dictar una resolución que de fin al proceso.

Este principio, constituye la premisa fundamental que tiene su inicio en nuestro país con la vigencia de la Constitución de 1979, pues antes regía el principio de presunción de culpabilidad en el C. de P. P. de 1940, y ésta surge ante un Derecho penal garantista, reconocido como tal en casi la mayoría de los países del mundo, que lo hace susceptible de ser titular de derechos inalienables, que pueden ser restringidos sólo por razones de interés general, aquello se ve reflejado en la máxima: *es preferible la libertad*

de un presunto culpable al castigo de un inocente. E inclusive con la sola confesión o auto incriminación del imputado no se desvanece la presunción de inocencia, porque de acuerdo a nuestro ordenamiento procesal, es necesario que se lleve adelante la actuación de la prueba material idónea que corrobore de manera indubitable su culpabilidad.

Para los efectos de que se dicte una sentencia condenatoria contra un imputado, esta no se debe sustentar, únicamente, en la imputación incriminatoria de un coprocesado, pues, es necesario que se tenga en cuenta lo señalado en el Acuerdo Plenario N° 02 – 2005/CJ – 116, llevado a cabo por los Vocales de las Salas Penales de la Corte Suprema, con la finalidad de que sirva como precedente para las instancias inferiores, sosteniendo al respecto: que para sustentar la condena de un acusado ante la imputación de un coprocesado o agraviado, se requiere: i) corroboración con otros datos objetivos indiciarios que confirmen su credibilidad, reforzando su contenido incriminatorio; ii) coherencia y solidez del relato; persistencia en la incriminación; iii) descarte de elementos de incredibilidad subjetivos; y v. gr. motivos espurios o turbios en el declarante dirigidos a la autoexculpación o a la obtención de algún beneficio; odio, venganza o animadversión hacia el coimputado; más aún, cuando se trata de decretar mandato de detención preventiva judicial, más que nada como una medida de seguridad, pese a ser una medida cautelar de carácter excepcional, que solamente procede bajo el escrupuloso respeto a los presupuestos señalados en la ley procesal.

Raúl Zaffaroni: *Los procesos penales se desarrollan en un mundo real, en el cual se violan derechos humanos todos los días, aunque las leyes establezcan garantías formales que, en la práctica se desconocen por diferentes razones. Es imposible sintetizar estos desvíos de la realidad respecto de lo pautado, pero lo cierto es que hay actitudes o conductas de los protagonistas del proceso y en especial de la jurisdicción que, si bien no siempre se apartan abiertamente de la ley, en concreto significan la cancelación de diversas garantías*".¹⁴⁴

¹⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El proceso Penal. Sistema Penal Derechos Humanos. "Proceso Penal y Derechos Humanos: Códigos, principios y realidad". 2da edición, Editorial Porrúa, México 200, p, 18.*

En la actualidad observamos que algunas personas son víctimas de una imputación delictiva, originadas por oscuras motivaciones políticas o por venganza o en base a pruebas obtenidas ilícitamente e inclusive ante una circunstancia inesperada se ve involucrado en un hecho punible en la que no ha tenido ninguna intervención; sin embargo, pese a la existencia de una garantía constitucional de presunción de inocencia a favor de todo imputado, derecho fundamental que en la práctica judicial de nuestro país – no generalizada –, sucede lo contrario, al considerarlo autor o partícipe del delito imputado desde el inicio del proceso, algunas veces sin presentar o haberse actuado prueba de cargo alguna que acredite la imputación, es decir, se parte del principio de culpabilidad, llegando al extremo de privar de libertad al imputado desde el inicio del proceso, sin la existencia de prueba de cargo suficiente, para justificar una medida de privación de libertad en contra del imputado.

La administración de justicia para resolver un proceso en concreto debe hacerlo en cumplimiento de las garantías y principios constitucionales que protegen a la persona, sobre todo, sin afectar la libertad personal o vulnerando el derecho a la tutela procesal efectiva, respetando el debido proceso, como la mejor manera de brindar seguridad jurídica para alcanzar la paz social que requiere toda comunidad, como tutela de la sociedad y el Estado a favor del individuo. El derecho a la presunción de inocencia, desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales por no tener el rango de prueba o no llevan a la certeza del carácter inculpatório, que en conciencia se estime suficiente para apreciar la participación y culpabilidad del autor o partícipe en relación con el delito imputado por lo que se debe concluir en la inexistencia de responsabilidad penal.

II. 1. 5.- EL PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL

II. 1. 5. 1.- CONCEPTO

La predeterminación legal del Juez es un derecho fundamental, constituyendo una garantía constitucional a favor de los justiciables y tiene por finalidad asegurar la imposibilidad de alguien influya de manera indebida en la designación del tribunal o juez para el procesamiento de un imputado, porque toda persona merece estar protegida por una órgano jurisdiccional creado con anticipación para administrar justicia. El estudio de la actividad jurisdiccional en el proceso penal está enmarcado por diversos componentes estrechamente interrelacionados y que en su principal aspecto funcional están encaminados al respeto de la garantía constitucional del Juez natural, competente, independiente e imparcial, bajo las siguientes premisas:

- a) el establecimiento de la institucionalización de un juez permanente,
- b) que pertenezca a la jurisdicción penal ordinaria,
- c) respetuoso de los principios constitucionales de igualdad, de independencia, imparcialidad y sumisión a la ley o al derecho,
- d) todas las personas tienen derecho al juez ordinario predeterminado por ley, según las reglas de la competencia,
- e) que haya sido investido como juez con anterioridad al hecho punible que motiva su intervención como encargado de administrar justicia,
- f) para el nombramiento de sus miembros se haya seguido el procedimiento legalmente establecido; y
- g) no debe ser calificado como órgano especial, ad – hoc o excepcional.

El tribunal Constitucional, señala: *“El derecho a la jurisdicción predeterminada por ley comporta la predeterminación (y no solo la determinación) del órgano judicial y también la de su competencia. Desde estas perspectiva, la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez ex post facto o por un juez ad hoc. (...) Implica que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal que lo haya investido de jurisdicción y competencia al inicio de la actuación judicial”*¹⁴⁵

¹⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N 1013 – 2003. HC/TC – Lima del 30-06-2003, publicado en Revista Actualidad Jurídica N° 187, junio 2009, p, 168.

No cabe una exigencia absoluta al Poder Judicial en cuanto a la predeterminación del juez, debido a las contingencias que padece el proceso penal, considerando el interés público, como una exigencia para administrar justicia no solo en determinados lugares, sino en los pueblos más remotos. Se debe considerar los procedimientos fijados respecto a la designación de cada uno de ellos a fin de garantizar su independencia e imparcialidad; motivo por el cual están vedados los “tribunales especiales”, “comisiones especiales” o cualquiera fuera su denominación, creadas con la finalidad de que sean competentes para juzgar a determinadas personas o casos, que de lugar a que se establezcan en forma exclusiva y su designación se realiza con posterioridad al hecho imputado, ya sea por razones políticas, sociales, económicas o de coyuntura a fin de que se apliquen sanciones, sin el respeto al debido proceso u otras violaciones a los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional, señal: *“El segundo párrafo del inciso 3) del artículo 139 de la Constitución, consagra el derecho al “juez natural” o, como expresis verbis allí se señala, el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley. Dicho derecho es una manifestación del derecho al “debido proceso legal” o, lo que con más propiedad se denomina también “tutela procesal efectiva”. Mediante él se garantiza un diverso haz de atributos, que inicialmente surgieron como garantías del individuo dentro de un proceso, ahora se ha convertido en una institución que asegura la eficiencia de la potestad jurisdiccional del Estado”*.¹⁴⁶

El juez natural es una garantía consagrada en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución: Política y los tratados internacionales sobre derechos humanos, como el artículo 8. 1 de la Convención Americana que establece: *“toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o Tribunal competente (...)*. Esta garantía, otorga a toda persona sujeta a un proceso penal el derecho a ser investigado y juzgado por órganos competentes – fiscal y jurisdiccional –, creados con anterioridad a la comisión del delito.

¹⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 0290 – 2002 HC/ TC. Lima, 06–01–2003, en Revista Actualidad Jurídica, op cit, p, 168.

El contenido esencial de éste principio radica en preservar la vigencia y efectividad del principio de legalidad en la creación, competencia y conformación de los encargados de administrar justicia, con la finalidad de asegurar su independencia e imparcialidad, ambos objetivos no se consiguen y son desvirtuados con el nombramiento de jueces especiales, ad- hoc, cuyo nombramiento o designación se produce por encargo y con apariencia jurisdiccional, para administrar justicia en determinados procesos, delitos y personas, lógicamente diseccionados para que cumplan con determinados fines; situación distinta cuando se trata de juzgados especializados.

El Tribunal Constitucional señala la diferencia entre jurisdicción excepcional y jurisdicción especial, *“La noción de juez “excepcional”, que el derecho a la jurisdicción predeterminada por ley prohíbe no debe confundirse con las jurisdicciones especializadas. En efecto, sin perjuicio de reconocerse la unidad de la jurisdicción estatal, nuestro Derecho Nacional (como el comparado) admite que, además de los jueces ordinarios, pueda haber jueces especiales.*

*Tampoco la idea del juez “excepcional” debe asociarse a la idea de jueces “especializados” existentes en el seno del Poder Judicial. Esto es, a la existencia de jueces y salas, al interior del Poder Judicial, cuya competencia venga restringida a un determinado ámbito de materias”.*¹⁴⁷

La falta de taxatividad o de absoluta certeza, en la determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales llamados a resolver sobre un hecho delictivo cometidos por funcionarios o servidores públicos o por sujetos que requieren ser sancionados drásticamente, puede dar lugar a que algunas autoridades judiciales atribuyan competencia a determinados jueces para conocer ciertos procesos afectando de ésta manera la independencia e imparcialidad en la administración de justicia garantizada por el principio del juez natural, asignándoles el nombre de juez especializados, como lo hemos visto en décadas pasadas, en las que lamentablemente se “creaban”, jueces y salas para juzgar a determinadas personas a fin de que se les apliquen sanciones drásticas.

¹⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp N° 1013- 2003. HC/TC op cit. p, 169.

La función jurisdiccional consta de tres elementos:

a) la independencia, se tiene que el Juez debe ejercitar la función jurisdiccional con absoluta libertad, sin depender de nadie, lo que aplique el juez, ha de ser el *deber* de todo aquel que puede contribuir a una mejor administración de justicia, tiene la facultad de hacerlo libremente, sin la intervención de persona alguna..

b) la imparcialidad, la doctrina y la jurisprudencia lo señalan como salvaguarda a un juez o tribunal, asimilada a lo objetivo, equitativo y neutral, la misma que se puede ver afectada por imposiciones externas como el nombramiento después de ocurrido los hechos con la finalidad de conocer determinados procesos; para que no pueda encubrir a un tribunal o juez de excepción en forma disimulada y llegado el momento en que se tenga que resolver el caso, incline la balanza de la justicia a favor de una de las partes que contribuyó en su designación..

c) el desinterés objetivo, el juez debe ser ajeno a los intereses de ninguna de las partes, mucho menos si se trata del Estado o una dependencia estatal.

Para que un proceso sea justo debe estar a cargo de un juez nombrado mediante un norma con anterioridad o vigente cuando se comete el hecho, a fin de ser competente, independiente e imparcial; garantizado, a partir de las reglas preestablecidas previamente, basado en diversas consideraciones o presupuestos como: materia, territorio, grado, etc. y no designado con posterioridad lo que indicaría una falta de neutralidad e interés personal en el resultado, por lo que es necesario evitar la presencia de jueces ad-hoc o especiales creados con posterioridad al hecho punible. Asimismo, el justiciable debe contar con el conocimiento de los cargos imputados, el derecho a defenderse personalmente y con la intervención de un abogado defensor, ofrecer y actuar las pruebas de descargo a fin de desvirtuar o atenuar las imputaciones que se le formulan.

II. 1. 5. 2.- OPINIONES

Maier: *“asegurar la independencia (...) La regla es clara: en principio, determina positivamente, que el único tribunal competente para el juicio es aquél designado como tal por la ley vigente en que se comete el hecho punible objeto del procedimiento; en segundo término cancela el efecto retroactivo que se pudiera pensar o que el legislador pudiera atribuirle a una ley de competencia (...)”*¹⁴⁸.

José Cafferata Nores, citando a Julio B. J. Maier: *“Para lograrlo deberá además haber sido creado por una ley, dictada antes del hecho de la causa, de modo que su capacidad para entender en este caso, derive de que (ese caso) sea uno de los que, de modo general y abstracto, esa ley (anterior) dispone que deba ser juzgado por ese tribunal. (...)”*¹⁴⁹.

César San Martín: *“no puede crear jueces ex post facto o con posterioridad al hecho (prohibición de avocación); ni mucho menos establecer dispensadores de justicia especiales para un determinado caso (prohibición de comisión); o atribuir competencias a órganos extraños a los jueces naturales (...)”*¹⁵⁰.

Gimeno Sendra: *“que puede ser definido, como un derecho fundamental, que asiste a todos los sujetos del derecho, a ser juzgados por un órgano jurisdiccional creado conforme a lo prescrito por la Ley Orgánica correspondiente y perteneciente a la jurisdicción penal ordinaria, respetuoso de los principios constitucionales de igualdad, independencia, imparcialidad”*¹⁵¹.

José María Asencio Mellado: (...) i) Necesidad de mantenimiento de la «neutralidad» judicial, evitando la concurrencia de cualquier otro interés en el asunto que no sea el de la correcta administración de justicia; ii) evitación de toda manipulación en los órganos jurisdiccionales por cualquier vía, sea la creación de Tribunales de excepción, o sea incidir en la constitución de los existentes; iii) Libre determinación por el legislador de los Juzgados y Tribunales que constituyen la organización judicial (...) ¹⁵².

El mismo autor: *“(...) i) Los órganos judiciales han de ser creados por medio de Ley. (...); ii) preexistencia de unos criterios, con carácter de generalidad, de atribución competencial, (...) siendo precisamente esta generalidad de los criterios*

¹⁴⁸ MAIER, La Ordenanza Procesal Penal alemana, cit., T. I, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 767.

¹⁴⁹ CAFFERATA NORES, Proceso Penal y Derechos humanos, cit., p. 95.

¹⁵⁰ SAN MARTÍN CASTRO, Derecho Procesal Penal, cit., Vol. I, p. 94.

¹⁵¹ En GIMENO SENDRA et al., Derecho Procesal Penal, cit., p. 48.

¹⁵² ASCENCIO MELLADO, José María, Introducción al Derecho Procesal, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pp. 75-78.

legales la garantía de inexistencia de Jueces «Ad-Hoc»; iii) existencia de normas objetivas y predeterminadas de reparto de asuntos entre los diversos Juzgados (...); iv. Los procedimientos de designación han de garantizar, en todo momento, la independencia e imparcialidad de Jueces y Magistrados; (...).¹⁵³.

Luis Alfredo de Diego Diez, señala: “Predeterminación anterior a los hechos. (...) y, en segundo lugar, podría establecerse un paralelismo con la irretroactividad de las normas penales (...), cristalizando también ese momento la predeterminación competencial como correlato procesal de aquéllas (...)”¹⁵⁴.

Alberto M. Binder: “Un juicio que está bajo la sospecha de parcialidad, pierde toda legitimidad y vuelve inútil todo el «trabajo» que se toma el Estado para evitar el uso directo de la fuerza y la aparición de la venganza particular. (...): a partir de esta pérdida paulatina de este sentido sustancial del juez natural, este concepto pasa a referirse, esencialmente, a la predeterminación legal del juez (...)”¹⁵⁵.

Eduardo M. Jauchen: “Tampoco es exigible que la persona del Juez deba ser designada en el cargo con anterioridad al hecho, sino que el cargo que ocupa ya esté creado por ley, con antelación y determinación de su competencia.” (...)”¹⁵⁶.

Pablo Sánchez Velarde: “i) [Que] el órgano judicial haya sido creado por la norma jurídica (...); ii) la predeterminación legal del juez significa que la ley, con generalidad y anterioridad al caso; iii) por juez legal o predeterminado por la ley no debe entenderse «Juez personal concreto» (...); iv) la predeterminación legal del juez reúne normas relativas a los límites de jurisdicción y la competencia entre los órganos jurisdiccionales, así como (...) a la incompatibilidad con el nombramiento de jueces Ad-Hoc; v) significa también la observancia de normas relativas a la concreta «idoneidad» de un determinado Juez (...); vi) la ratio essendi de la institución es la eliminación de toda sospecha de imparcialidad. (...)”¹⁵⁷.

Francisco Ramos Méndez: “Juez natural no lo es sólo el del domicilio, (...). Lo son también aquellos determinados por las reglas de la competencia promulgada con anterioridad a la comisión del hecho punible”¹⁵⁸.

¹⁵³ IDEM

¹⁵⁴ DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo, *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 117 a 125.

¹⁵⁵ BINDER, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, cit., p. 138.

¹⁵⁶ JAUCHEN, Eduardo M., *Derechos del Imputado*, Rubinzal- Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, p.124.

¹⁵⁷ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Comentarios al Código Procesal Penal*, cit, 1994, p. 86.

¹⁵⁸ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El proceso penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1993, p. 72.

Arsenio Oré Guardia: *“El principio del juez natural se refiere a la existencia de un instructor o juzgador preexistente a la comisión del delito. Asimismo, estos órganos judiciales deben estar predeterminados por la ley y no al arbitrio de ningún funcionario o persona. El ciudadano debe saber que si comete un delito hay un órgano jurisdiccional que ventilará la causa correspondiente”*¹⁵⁹.

Como podemos verificar existe coincidencia en la doctrina internacional y nacional, al considerar que el juez natural es el predeterminado por la ley, su cargo debe estar designado con anterioridad a la comisión del delito, limitando su jurisdicción y competencia; lo que significa la prohibición de crear tribunales y juzgados de excepción o ad-hoc o especiales a fin de que el imputado no sea desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, como puede ser el caso de que los militares juzguen a los civiles, ni mucho menos por determinados delitos bajo la premisa de una ley dictada al respecto para concederles competencia de manera ilegal como se verificó en la década del noventa, que implicó una afectación al derecho constitucional del juez natural.

La predeterminación del Juez, le confiere una serie de atributos al encargado de administrar justicia y desde esta perspectiva su actuación tiene que estar conectada o coordinada con otros principios o derechos constitucionales, tales como: el respeto al debido proceso, reconocimiento al plazo razonable, la independencia e imparcialidad, la motivación en sus resoluciones, impedir la aplicación o alteración de nuevas reglas que vulneren el ejercicio de otros derechos procesales, igualdad de los sujetos procesales, que éste cuente con una mayor especialización, idoneidad, capacidad en el ejercicio del cargo que desempeña, a fin de asegurar la eficacia de la potestad jurisdiccional del Estado, como reconocimiento de un atributo subjetivo a favor del procesado, porque ninguno de los poderes públicos puede avocarse al conocimiento de un hecho, considerado como delito, que debe ser conocido por el órgano jurisdiccional. Competente para administrar justicia.

¹⁵⁹ ORÉ GUARDIA, *Estudios de Derecho Procesal Penal, Alternativas*, Lima, 1993, p. 7.

II. 1. 5. 3.- EL JUEZ NATURAL EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.

Artículo 139 de la Constitución Política.- *Son principios y derechos de la función jurisdiccional.*

1.- La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación (...)

2.- La observancia al debido proceso y la tutela jurisdiccional al (...)

Artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.*

Artículo XXVI. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: *“(...) Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes (...)”*

Artículo 8. Garantías judiciales. Convención Americana sobre Derechos Humanos: *“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías (...), por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación fiscal (...)”*

Artículo 6. Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: *Derecho a un proceso equitativo. “1.- Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal”.*

Como observamos, tanto a nivel nacional como internacional, legislan sobre el derecho fundamental del Juez natural, precisando que debe ser competente, independiente e imparcial y predeterminado por la ley con anterioridad a la comisión del delito; asimismo, se precisa que no procede delegar la función jurisdiccional por comisión y se precisa que no procede establecer jurisdicción alguna independiente, salvo la militar y arbitral.

II. 1. 5. 4.- EJECUTORIAS.

El Tribunal Constitucional: *“La disposición exige que la competencia del juez llamado a conocer el proceso penal deba ser determinado a partir de reglas preestablecidas en base a distintas consideraciones (materia, territorio, grado, etc.), de forma que quede garantizada su independencia (principio que, a su vez, es recogido en el inciso 2) del mismo artículo 139º e imparcialidad en la resolución de la causa. Constituye, a la vez de un derecho subjetivo, parte del modelo «constitucional del proceso» recogido en la Carta Fundamental, cuyas garantías mínimas siempre deben ser respetadas para que el proceso pueda tener calidad de debido proceso.”*¹⁶⁰.

El Tribunal Constitucional: *“(…) El artículo 3 de la norma impugnada establece los lineamientos a seguir para la creación para la creación de Juzgados y Salas de Derecho Público en los distritos judiciales (...) los que asumirán la competencia exclusiva de los mismos; sin embargo, este Colegiado estima que se está legislando una materia reservada a la Ley Orgánica del Poder Judicial, toda vez que corresponde a ella estructurar la organización de dicho poder del Estado, en concordancia con lo dispuesto por la última parte del artículo 143 de la Constitución;(…)”*¹⁶¹.

En otra sentencia: *“El derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo: el derecho al juez natural – jurisdicción predeterminada por la ley –, al de defensa, a la pluralidad de instancias, a los medios de prueba y a un proceso sin dilaciones.”*¹⁶²

En otra sentencia: *“La disposición exige que la competencia del juez llamado a conocer el proceso penal deba ser determinado a partir de las reglas preestablecidas en base a distintas consideraciones (materia, territorio, grado, etc.), de forma que quede garantizada su independencia (...)”*¹⁶³.

Los encargados de administrar justicia y el derecho al Juez natural de conformidad con la Constitución Política y los tratados internacionales debe estar predeterminado por ley, de acuerdo a las reglas fijadas en la Ley

¹⁶⁰ Sentencia Tribunal Constitucional. Exp. N° 010-2002-AI/TC (en *Diálogo con la Jurisprudencia*, febrero, Lima, 2003, p. 30).

¹⁶¹ Sentencia Tribunal Constitucional, Exp. N° 004-2001-HC/TC (en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 40, enero, Lima, 2002, p. 200).

¹⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 15 de agosto de 2002 en el Exp. N° 0858-2001-AA/ TC.

¹⁶³ Exp. N° 010-2002 AI/TC, Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos (en *Diálogo con la Jurisprudencia*, febrero, Lima, 2003, p. 30).

Orgánica del Poder Judicial a fin de que puedan asumir competencia en un proceso concreto, basado en los principios de materia (territorio, grado, etc.) para que no quede duda de su imparcialidad en las decisiones que deban de tomar durante el juicio.

El Estado de derecho y la seguridad jurídica celebran su mayor triunfo con la independencia de los jueces que se manifiesta en sus resoluciones judiciales, sino también abarca la decisión de este para aplicar el derecho. Se debe limitar las relaciones entre la ley y el derecho, para impedir la aparición de jueces que se introduzcan en un proceso penal como autómatas o siguiendo directivas impartidas por quienes los nombraron; porque el contenido de su decisión, debe ser próxima al dispositivo legal invocado y no hayan sido manipulados en perjuicio de su independencia. El juez no debe ser sumiso ante quienes pretenden decidir como se debe administrar justicia o su criterio adoptado coincida con el que lo nombró o con algunos medios de comunicación que presiona para que dicte una determinada resolución, normalmente afín al gobierno de turno o a la mayoría política; y, si lo hace deviene en una decisión arbitraria.

Sin embargo, ante hechos coyunturales, la presión de la “opinión pública” actúa de manera decidida y se manifiesta a través de la creación de determinadas expectativas sobre la decisión que debe tomar el Juez e incluso opinando sobre el sentido que debe adoptar o cuando se trata de disponer la detención o la condena de un procesado, pese a la inexistencia de pruebas de cargo que lleve a la convicción de certeza de la comisión del hecho delictivo imputado o la culpabilidad del procesado; ante esta situación o presión, muchas veces sólo la profesionalidad del Juez nombrado con anterioridad, puede salvarlo.

La investidura de Juez natural y su respectiva predeterminación, es necesaria, para lo cual se debe tener en consideración lo señalado en forma expresa en nuestra legislación interna y además, en los artículos 14. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el artículo 5.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. En tal sentido, la creación de los juzgados no puede, ni

debe estar supeditada a la situación política o coyuntural del país y debe exigirse que las normas de carácter procesal determinen al juez natural, motivo por el cual no se debe pretender asignarles determinados nombres a fin de cubrir la apariencia de un juez legal, cuando la realidad demuestra lo contrario, pues una cosa es la especialización del juez en determinada materia, y otra es la del juez especial para determinados procesos para investigar y juzgar en determinados procesos y personas de acuerdo a las razones antes expuesta.

El contenido de una resolución o sentencia dictada por el juez como operador estatal del derecho, debe ser fruto de una limpia e igualitaria contienda procesal, valorando las pruebas actuadas con plena imparcialidad e independencia, desvinculado de subordinaciones fácticas, máxime cuando están sometidos a la Constitución y a la ley, porque ninguna autoridad, ni siquiera los magistrados de instancia superior, pueden interferir en su actuación; garantía que se encuentra señalada en la Ley Orgánica del Poder Judicial, como el derecho al juez natural prevista de manera expresa, porque la sociedad deposita en su imparcialidad, la administración de justicia.

Juan Carlos Portugal Sánchez, señala: *“El Juez natural. Una mirada a este derecho constitucional:”* Como ya lo mencionamos, uno de los elementos que ampara el derecho al juez natural es la competencia de un determinado órgano jurisdiccional, que investido como tal, se avoca al conocimiento de un determinado proceso (...). De ahí que resultaba vital el pronunciamiento de este como parte del concepto que busca garantizar el derecho al juez natural y, asimismo, no se permita en lo absoluto que hechos suscitados dentro de la esfera de competencia territorial peruana, sean analizados y resueltos por un tribunal extranjero ajeno. Lo que de alguna manera quiso sentar el Tribunal, aunque no lo establezca claramente, es su respetable orientación a contribuir a un respeto no solo a la estructura jurídica del sistema normativo peruano, sino, fundamentalmente, a la estructura organizativa del Poder Judicial de nuestro país”.¹⁶⁴

¹⁶⁴ PORTUGAL SÁNCHEZ, Juan Carlos: *“El Juez natural. Una mirada a este derecho constitucional, publicado en la Revista Diálogo con la Jurisprudencia N 142, julio 2010, Lima, p, 54.*

El comentario que formula Portugal Sánchez, respecto a una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, ante un proceso constitucional que pretendía declarar la inaplicación y nulidad del auto de fecha 29 de enero 2009, emitido por el Juzgado Central de Instrucción Nº 5 de la Audiencia Nacional de Madrid, presidido por el Juez Baltasar Garzón. Ante esta demanda el Tribunal Constitucional la declaró fundada, sobre la base protección a la tutela judicial peruana, no permitiendo el avocamiento a un tribunal extranjero, como se pretendía, sosteniendo que ello implica una violación al contenido esencial del derecho – principio a la soberanía jurídica de todo Estado.

Esta garantía constitucional tiende a garantizar: a) la legitimidad del Juez; y b) una efectiva y correcta administración de justicia por jueces legalmente designados, porque muchas veces se presta a la manipulación indirecta de parte del órgano encargado de “designar” a los jueces o ante la existencia de los llamados “jueces provisionales o suplentes”, la manipulación en cuanto a su nombramiento o designación, verificamos que en nuestra realidad judicial es manifiesta, por la forma como se les encarga un determinado juzgado o como son cambiados cuando “no cumplen” con lo encomendado. La continuidad y prontitud del ejercicio de la función jurisdiccional, la independencia e imparcialidad, que exige determinar el contenido esencial de un derecho en coordinación con otros relevantes constitucionalmente que alude el Tribunal Constitucional, por ser una garantía que el procesado conozca quien es su juez natural que lo va investigar (en la actualidad) y juzgar, llegado el momento, con la debida anticipación.

El Dr. César Landa, profesor universitario y miembro del Tribunal Constitucional en un artículo publicado, sostiene enfáticamente que el juez natural es el predeterminado por la ley. Igualmente, la recordada amiga Dra. Adelaida Bolívar Fiscal de la Nación, también profesora universitaria, reitera el mismo concepto al precisar que los jueces no pueden ser nombrados mediante simples resoluciones administrativas, como se estila en nuestro país. Es decir, verifican una estricta interpretación de normas constitucionales, respecto a la existencia del llamado juez natural.

II. 1. 6.- EL PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN.

II. 1. 6. 1.- CONCEPTO

Las resoluciones o sentencias que dictan los integrantes del órgano jurisdiccional peruano en el ámbito penal, en su mayoría no se encuentran lo suficiente motivadas, porque para tal efecto, no basta el número de páginas que puede tener una resolución, sino que en ellas deben existir congruencia entre lo solicitado y lo resuelto. La obligación de motivarlas tiene sustento en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución, instituyéndose como una de las garantías contenidas dentro del debido proceso en virtud del cual se otorga a toda persona sometida a juicio, el derecho a obtener de parte de los jueces una resolución fundada en el ordenamiento jurídico, mediante una respuesta razonada, motivada y congruente con los hechos o pretensiones que fueron deducidas por los sujetos procesales en cualquier tipo de proceso.

Es un principio constitucional que define la función jurisdiccional del Estado y también una garantía instrumental que asegure el cumplimiento de los derechos fundamentales en una Estado democrático y se evite la arbitrariedad. El Juez debe exteriorizar las reflexiones que lo han conducido a emitir un fallo como factor de racionalidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que logre el convencimiento de las partes en el proceso cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan y la expresen basándose en el proceso mental que los ha llevado a decidir la controversia al fundamentar su decisión en evidente respeto a la aplicación de lo que es equitativo y que garantice a los justiciables el derecho reclamado.

Cuando el juzgador deja de pronunciarse sobre un pedido oportunamente planteado de manera concreta, significa que no tutela los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia al existir un desajuste externo entre la resolución dictada y los pedidos de los sujetos procesales, a la que están obligados a responder, sobre todo, cuando el argumento esgrimido es la razón que originó recurrir al Poder Judicial y que genera un resultado que no se cumple con la fundamentación que los sujetos procesales esperan; por ello el

principio de motivación es inherente al acto jurisdiccional y cuando no existe argumentación en la decisión a la que llega el juzgador, deja de ser tal, al no expresar las razones de su convencimiento, incumpliendo con esta obligación constitucional.

Roger Zavaleta Rodríguez, refiere: *“El Juez debe decidir dentro de los límites en los que puede motivar, no aquello sobre lo que no puede dar razones (...) El asunto es: ¿Cuándo la discrecionalidad judicial sobrepasa la frontera de lo razonable para convertirse en un proceder arbitrario?, o, mejor, ¿cuándo podemos sostener que estamos en presencia de una solución irrazonable?. Una decisión judicial es irrazonable, en términos amplios cuando no respeta los principios de la lógica formal, contiene apreciaciones dogmáticas o proposiciones sin ninguna conexión con el caso; no es claro respecto a qué decide, por qué decide y contra quién decide; no se funda en los hechos expuestos, en las pruebas aportadas, así como en las normas o los principios jurídicos; y, en general, cuando contiene errores de juicio o de procedimientos que cambian los parámetros y el resultado de la decisión”*.¹⁶⁵

Su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamento fáctico, lógico y jurídico; expresando una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión, lo importante es que se resuelva un conflicto con equidad y justicia respetando el derecho que le corresponde a cada uno de los sujetos procesales, pero debidamente sustentada. Lo que se debe garantizar es que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso que motiva el proceso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas, o sea, que el razonamiento empleado sea proporcionado y congruente con el problema que al juez le corresponde dilucidar, al dictar una resolución o sentencia, sin obligar al juzgador a que de una respuesta de manera expresa y detallada a todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso.

¹⁶⁵ ZAVALETA RODRIGUEZ, Roger, “La direccionalidad judicial ... querer no es poder” En Revista virtual Derecho y Cambio Social, publicado en un artículo de Edwin Figueroa Gutarra “Problemas de motivación y jurisprudencia constitucional. Reflexiones a propósito del caso Guiliiana Llamoya” en Gaceta Judicial Constitucional N° 20, p, 129.

La motivación es la apreciación de los hechos, la eficacia de los medios probatorios ofrecidos por los sujetos procesales y actuadas en el proceso que lo lleven al convencimiento, luego de llevar a cabo un razonamiento de la fuerza probatoria que se actúa para acreditar un pedido invocado en el curso del proceso, respetando el procedimiento establecido con anterioridad al delito, a fin de justificar la incidencia en los hechos declarados como probados, la misma que debe estar dirigida no solamente para la prueba indiciaria, sino también para la prueba directa, porque la convicción judicial sólo puede descansar en pruebas auténticas y no en aquellos datos o elementos que de acuerdo a las normas procesales no tienen dicho carácter, al dictar una resolución o una sentencia

Los derechos fundamentales como el de motivación, responden a un sistema de valores y principios de carácter universal, para lo cual ha de tenerse en cuenta no son solamente derechos subjetivos para que toda persona se defienda ante el Estado, sino también representan un orden valorativo objetivo por tener sustento constitucional, al aplicarse a todos los ámbitos, principalmente en la administración de justicia; porque una resolución que decida una controversia debe contener una adecuada motivación, la misma que tiene que ser entendida por los justiciables al originar consecuencias a favor o en contra, las mismas que deben ser positivas en un Estado democrático, en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales - por ser un principio básico -, al brindar seguridad jurídica a la persona que recurre a ella y un elemento de certeza a la autoridad que la expide.

Este derecho se relaciona con la razonabilidad de su decisión, la misma que consiste en una correlación entre acusación, prueba y sentencia, tal como lo establece la legislación procesal y la doctrina, que solamente se toma en consideración para su valoración lo actuado y debatido en un proceso, recurriendo para su valoración a la sana crítica, lógica e integrada con otros medios probatorios que existan; es decir, no se debe dejar de lado las que se pueden considerar como de descargo, a fin de que se pueda considerar un proceso justo.

II. 1. 6. 2.- FUNDAMENTO JURÍDICO.

Inciso 5 del artículo 139 de la Constitución: *“La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto lo decretos de mérito trámite, con mención expresa de la ley aplicable y los fundamentos de hecho en que sustentan”.*

Artículo VI del Título Preliminar del NCPP – 2004: *“Las medidas que limitan derechos fundamentales (...). Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad”.*

Artículo 394 del NCPP – 2004, la sentencia contendrá: 3.- *“La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique;*

4.- Los fundamentos de derecho, con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, y para fundar el fallo; (...)”

El artículo 285 del C. de P. P., modificado por el Decreto Ley N° 20602 del 08 de mayo de 1974: *“La sentencia condenatoria deberá contener la designación precisa del delincuente, la exposición del hecho delictuoso; la apreciación de las declaraciones de testigos o de las otras pruebas penales en que se funda la culpabilidad, las circunstancias del delito (...)*

El artículo 12 de la L. O. P. J.: *“Todas la resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustenta, pudiendo éstos reproducirse en todo o en parte sólo en segunda instancia al absolver el grado”.*

Inciso 6 del artículo 50 del CPC.: *“Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y de la congruencia”.*

II. 1. 6. 3.- OPINIONES

Picó i Junoy: *“(...) No se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa, exhaustiva o pormenorizada que vaya respondiendo, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa o escueta que en cada caso estimen suficiente quienes ejercen la potestad jurisdiccional: se trata que la tutela judicial efectiva se anude con los extremos sometidos por las partes a debate. (...)”*¹⁶⁶

El mismo autor: *“i) Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública; ii) hace patente el sometimiento del Juez al imperio de la ley; iii) logra el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad; y iv) garantiza la posibilidad de control de la Resolución judicial por los Tribunales superiores que conozcan de los correspondientes recursos”*¹⁶⁷.

Eduardo M. Jauchen: *“Entiéndase por principio de congruencia en el proceso penal la exigencia que debe mediar una permanente e inmutable identidad, entre el hecho demarcado por el Ministerio Público Fiscal en el requerimiento de instrucción, el que se le incrimina al imputado en su primera declaración, y aquel por el que se lo procesa, se lo acusa y se le dicta sentencia,”*¹⁶⁸.

El derecho a obtener una sentencia congruente debidamente fundamentada, es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que se compone de dos relevantes exigencias: a).- que éstas sean motivadas jurídicamente, y b).- congruentes, con la finalidad de requerir al juez la realización de la justicia, exigiendo, que cuando se dicte una resolución o sentencia, tiene que expresar claramente su decisión, donde se exponga las razones por las cuales han aceptado o rechazado el pedido realizado por un sujeto procesal, o sea, si es cierta o falsa la imputación formulada, al haber llegado a una convicción de veracidad; y, en cuanto a la prueba debe cumplir con: a) ser idónea, b) suficiencia probatoria; y c) que sea lícita, para los efectos de realizar la valoración.

Roger E. Zavaleta Rodríguez: *“(...). No están obligados a darle la razón a la parte pretendiente, pero sí a indicarle las razones de su sinrazón y a respetar todos*

¹⁶⁶ PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 65.

¹⁶⁷ IDEM

¹⁶⁸ JAUCHEN, M Eduardo, cit, p, 173

*los puntos de la controversia fijados por las partes, respetando así el principio de congruencia. (...)*¹⁶⁹.

El vicio de la incongruencia vulnera el principio de contradicción, cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal; y el incumplimiento a la exigencia de una respuesta congruente se muestra con todo rigor, cuando se presenta una desestimación tácita de la pretensión que se argumentó o cuando lo resuelto recae sobre un tema no incluido en el proceso, presentándose un evidente desajuste entre el fallo dictado por el Juez y lo que motivó el proceso, impidiendo a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes a la defensa de sus intereses ante las instancias superiores, con lo que aparece una situación de indefensión del perjudicado con lo resuelto.

El órgano jurisdiccional no puede condenar a un procesado por un hecho punible distinto del que fue objeto de acusación, de acuerdo a la delimitación formal del auto apertorio de instrucción o investigación preparatoria y del propio dictamen acusatorio del Fiscal, exigiéndose la congruencia entre los términos de ella y la sentencia definitiva de la instancia superior, porque no hacerlo, se enervaría la esencia del contradictorio, el debido proceso. La congruencia debe ser interna (armonía entre las distintas partes de la sentencia) y externa (adecuada a los puntos puestos a debate), significando, en ambas, que el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta las modalidades fácticas expuestas en la acusación, porque ésta no debe ir más allá de ella; la sentencia debe contener una declaración expresa y determinante de los hechos que estimen probados para aplicar el derecho.

La congruencia de una resolución judicial presupone la confrontación entre la parte expositiva y el objeto del proceso delimitado por referencias a los elementos subjetivos (partes) y objetivos (lo pedido). Esto es, debe haber una adecuación entre el resultado que el sujeto procesal recurrente pretende

¹⁶⁹ ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger E., "La congruencia de las resoluciones Judiciales" [Análisis de las sentencias de Cas. N° 1057-95-Huaura; Cas. N° 684-95-Arequipa; Cas. N° 70-95, Cañete; Cas. N° 756-95- Cusco; Cas. N° 316-95-Huanuco; Cas. N° 1160-95-Cono Norte; Cas. N° 1031-95 (en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año IV, N° 9, 1998, p. 206).

obtener y los hechos que sustentan tal pretensión, así como el fundamento jurídico en las que se amparan. La exigencia de motivación de la apreciación de la prueba no se satisface con una descripción o enumeración de las pruebas actuadas – como sucede en algunos casos –, sino todo lo contrario el juzgador debe razonar porque concede eficacia probatoria a las utilizadas como sustento de hechos probados y porque rechaza o no toma en cuenta las otras para no aceptar la pretensión del sujeto procesal que recurre buscando tutela judicial.

Ricardo Herrera Vásquez: “(...) el artículo VII del Título Preliminar sólo permite la aplicación del *iura novit curia* en el supuesto de omisión de referencia normativa del litigante, más no en la errónea cita legal. Sin embargo, consideramos que cuando la norma en cuestión dispone que los jueces deben aplicar la ley pertinente “aunque” no haya sido invocada en la demanda está haciendo alusión inclusive en el supuesto extremo de omisión de sustento normativo en la demanda, debe entrar a tallar el juez supliendo aquélla. En esa medida, tácitamente se admite que también podrá rectificar la norma erróneamente aplicada.”¹⁷⁰.

Constituye una especie de género del debido proceso y significa que, al resolver el juez debe respetar el principio contradictorio, esto es, debe pronunciarse sobre los diversos aspectos de las pretensiones postuladas por los justiciables de acuerdo a ley, sin embargo, suele ocurrir que las partes soliciten pronunciamientos que las leyes impiden hacer o la inversa, que la ley exija determinados pronunciamientos que las partes no piden, y es justamente, cuando un juez predeterminado por la ley recurre al control difuso, exponiendo las razones por las cuales aplica determinado dispositivo legal y deja de lado otro, aun cuando exista una omisión o haya sido invocado erróneamente por el sujeto procesal que reclama su aplicación, es justamente - en estos casos -, cuando la profesionalización de un Juez independiente e imparcial resuelve la controversia otorgando la razón a quien le corresponde, fundamentando con argumentos válidos el porque no acepta la pretensión del fiscal o parte civil o imputado, según el caso.

¹⁷⁰ HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo, *Función jurisdiccional*, en Programa de Formación de Aspirantes- Academia de la Magistratura. Tercer Curso, p. 117.

II. 1. 6. 4.- EJECUTORIAS

Tribunal Constitucional: “(...) el derecho a la debida motivación importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Estas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe de servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios.

En tal sentido (...) debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastara las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en la arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos”¹⁷¹.

En otra sentencia: “(E)l principio de correlación o congruencia entre lo acusado y condenado constituye un límite a la potestad de resolver por parte del órgano jurisdiccional , toda vez que garantiza que la calificación jurídica realizada en el marco de un proceso penal (tomando en cuenta lo señalado por el Ministerio Público, en virtud de su competencia postulatoria) sea respetada al momento de emitirse sentencia. Asimismo, cabe precisar que el juez se encuentra premunido de la facultad para poder apartarse de los términos de la acusación fiscal, en tanto respete los hechos que son objeto de acusación, sin que cambie el bien jurídico tutelado por el delito acusado, así como que respete el derecho de defensa y el principio contradictorio.(...)”¹⁷².

Otra sentencia: “(...) garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir

¹⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 1480 – 2006 – AA/TC. FJ 2., publicado en la página web del Tribunal Constitucional.

¹⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 06007 – 2009 – PHC/TC, publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 7 de abril 2010.

una controversia, asegurando que el ejercicio de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado derecho de defensa de los justiciables. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al juez penal corresponda resolver”¹⁷³.

Otra sentencia: “33 (...) En primer lugar, presenta una deficiencia en la motivación interna en su manifestación de falta de corrección lógica, así como una falta de coherencia narrativa; y, en segundo lugar, presenta una deficiencia en la justificación externa. Pero además, presenta una indebida motivación respecto al procedimiento de la prueba indiciaria. (...); por el contrario, debe quedar que la exigencia constitucional sobre la debida motivación de las resoluciones judiciales de las resoluciones judiciales es incondicional e incondicionada, conforme los señala los artículos 1º, 3º, 44º y 139, inciso 5º, de la Constitución las partes (...)”¹⁷⁴.

Otra sentencia: “(...) 7.dicho canon interpretativo (...) está compuesto en primer lugar: a) examen de razonabilidad.- debe evaluar si la revisión de todo el proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona vulnera el derecho fundamental que está siendo demandado.

b) examen de coherencia o racionalidad.- Exige que el Tribunal Constitucional precise si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente con el proceso o la decisión judicial que se impugna; de lo contrario no estaría plenamente justificado el hecho que el Tribunal efectúe una revisión total del proceso ordinario, si tal revisión no guarda relación alguna con el acto vulneratorio.

*c) El Tribunal Constitucional debe determinar la intensidad del control constitucional que sea necesaria para llegar a precisar el límite de la revisión del proceso judicial ordinario, a fin de cautelar el derecho fundamental demandado”.*¹⁷⁵

Otra sentencia: “16. (...), la obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa ; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles

¹⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 01707 – 2010 – PHC/TC, Lima. Considerando 3, 4 de junio de 2010, publicado en la página web del Tribunal Constitucional.

¹⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 0728 – 2008 – HC/TC, Lima, Considerando 33, 34. pg web del Tribunal Constitucional, Jurisprudencia/ 2008).

¹⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 02022 – 2008 – HC/TC, el 22 de setiembre de 2008, Arequipa, Considerando 7, en página Web del Tribunal Constitucional.

que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa. 17. (...) En consecuencia al haber omitido el Juez penal la formalización de los cargos concretos, debidamente especificados, contra todos y cada uno de los beneficiarios, lo que denota una ausencia de individualización del presunto responsable, en los términos anteriormente expuestos ha infringido el deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, (...)”¹⁷⁶.

Otra sentencia precisa que la motivación queda delimitado a:

“a.- Inexistencia de motivación o motivación aparente.- (...) no se cuenta con las razones mínimas que sustentan la decisión o no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b.- Falta de motivación interna de razonamiento.- (...) por un lado cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión.

c.- Deficiencias de la motivación externa; justificación de las premisas (...) cuando las premisas de las que parte el juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica (...)

d.- La motivación insuficiente.- Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada (...)

e.- La motivación sustancialmente incongruente.- (...) el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial y también el derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva)

f.- Motivaciones cualificadas.- (...) opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal”¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 14 de noviembre de 2005, Exp. N° 8125 – 2005 – HC/TC, <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/> 2006/ 8125 – 2005 – HC.

¹⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 13 de octubre de 2008 en el Exp. N° 00728 – 2008 – PHC/TC (en punto 7 referencia a Exp. Nros. 3943 – 2006 – PA/TC Y 1744 – 2005 – PA/TC).

Tribunal Constitucional español: “(...) El primero exige tomar en consideración, además de las características y gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. El segundo introduce una matización en el anterior al valorar la incidencia que el transcurso del tiempo ha de tener en la toma de la decisión de mantenimiento de la prisión, (...); parquedad argumental que no sólo dificulta sobremanera el conocimiento de las razones (...).”¹⁷⁸

Tribunal Constitucional español: (...), es decir, ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. (...) En segundo lugar, la motivación debe estar fundada en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideran adecuadas al caso, (...) o con otro derecho fundamental el estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso (...).”¹⁷⁹.

Tribunal Constitucional español: “El vicio de la incongruencia, (...) pueden resumirse en los siguientes términos: a) No toda ausencia de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva(...); b) Para que sea posible apreciar la existencia de una respuesta tácita a las pretensiones sobre las que se denuncia la omisión de pronunciamiento es preciso que la motivación de la respuesta pueda deducirse del conjunto de los razonamientos de la decisión (...); c) habrá igualmente de comprobarse que la pretensión omitida fuera efectivamente llevada al juicio en momento procesal oportuno para ello (...) ”¹⁸⁰.

Ejecutoria suprema: “Para que se cumpla con el principio de congruencia procesal, las resoluciones judiciales deben abarcar todos los puntos controvertidos establecidos en la audiencia. Deben contener aun los puntos que son difíciles de ser sustanciados, bien porque se ha empleado una inapropiada redacción en el

¹⁷⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional español 14/2000, Vulneración por privación de libertad motivada insuficientemente y no acorde con los fines de la institución (en JAÉN VALLEJO, La justicia penal en la Jurisprudencia constitucional, cit., pp. 53, 54).

¹⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional español 25/2000 (en JAÉN VALLEJO, La justicia penal en la Jurisprudencia constitucional, cit., p. 81).

¹⁸⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional español 23/2000, Vicio de incongruencia omisiva por falta de pronunciamiento sobre los motivos de la apelación (en JAÉN VALLEJO, La justicia penal en la Jurisprudencia constitucional, cit., p. 74).

*documento o bien que existiere otro elemento que convierta en oscuro o ambiguo el punto controvertido.*¹⁸¹.

El Tribunal Constitucional peruano y español consideran que el derecho fundamental básico de los sujetos procesales es el de motivación de las resoluciones judiciales, y con mayor razón, cuando se dispone la privación de la libertad personal de un imputado, estableciendo que la carga de la prueba le compete al Fiscal y para dictar una medida como la detención judicial preventiva, dado a que afecta un derecho fundamental, se encuentra sujeto a una exigencia especial de motivación, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial; con ello se permite evaluar si el Juez ha resuelto de conformidad con los principios de necesidad, razonabilidad, excepcionalidad y proporcionalidad para dictar este tipo de resoluciones.

El Tribunal Constitucional, al pronunciarse respecto a la vulneración del derecho fundamental de motivación cuando se dicta un auto apertorio de instrucción, ha señalado que aplicando el examen de razonabilidad, asumen competencia para revisar si objetivamente se ha concretado la principal lesión que configura la indebida tipificación; y, respecto al examen de coherencia o racionalidad – indebida tipificación del delito – ésta se corrobora porque el acto lesivo no se habría producido, razón por la cual, de haberse tipificado correctamente, no se hubiera expedido un auto de apertura de instrucción; y, en la referente al examen de suficiencia, señala que para cautelar el derecho fundamental vulnerado se requiere un acto cuya intensidad permita declarar la nulidad del auto apertorio de instrucción en el extremo que resulta lesivo, dejando a criterio del juez ordinario, a fin de que éste dicte un nuevo auto, en caso de considerarlo que se ha vulnerado. El derecho fundamental de libertad o conexo a ella.

El fallo ha de ser claro, preciso, completo y resolutive de los temas debatidos, lo que en muchas oportunidades no sucede en nuestra realidad judicial, originando una gran preocupación ante el incremento de procesados que se encuentran privados de su libertad, en virtud de una detención

¹⁸¹ Cas. N° 2080-2001-Lima (en *Actualidad Jurídica*, T. 99, febrero, Lima, 2002, p. 157).

preventiva judicial, sin haber sido objeto de una sentencia en primera instancia, debido a que se dictan este tipo de resoluciones violando diversos derechos fundamentales del procesado, ante la falta de precisión en la fundamentación, respecto a la existencia de cada uno de los presupuestos que se requieren para decretarla, incumpliendo lo que se encuentra previsto en la Constitución, en la norma procesal y en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Se incurre en la violación del principio de motivación, cuando en una resolución o sentencia se presenta una incongruencia omisiva, es decir, cuando ésta ha sido dictada sin tomar en consideración los puntos controvertidos más importantes, al dejar de responder las pretensiones planteadas por unos de los sujetos procesales o que razonablemente no se desprendan de la resolución o sentencia dictada. El cumplimiento del principio de la congruencia es con la finalidad de excluir cualquier tipo de arbitrariedad por parte del juez encargado de resolver un conflicto controvertido; pero esto no equivale a exigir un razonamiento exhaustivo o pormenorizado de todos y cada uno de los aspectos expuestos por uno de los sujetos procesales, así como circunstancias del asunto debatido; sino que el órgano jurisdiccional debe expresar las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios de hecho, las pruebas esenciales y el dispositivo legal aplicable al caso concreto que le sirven al juzgador para fundamentar la decisión tomada.

En virtud del principio de motivación, el fallo que emita un Juez, debe ser el resultado de una deducción razonable de los hechos imputados, de las pruebas actuadas y la correspondiente valoración jurídica de las mismas, para dictar una resolución o sentencia fundada en derecho, favorable o adversa a uno de los sujetos procesales, por constituir una garantía constitucional, frente a la arbitrariedad y la falta de razonabilidad del órgano jurisdiccional; porque lo resuelto no debe ser la aplicación abusiva de las normas que se consideran adecuadas al caso, mediante la aplicación del principio de legalidad, basado en una interpretación extensiva de la norma penal, manifiestamente irrazonable, incurriendo en una arbitrariedad; porque

de ninguna manera, cuando se dicta este tipo de resoluciones se puede sostener que se encuentra fundada en derecho, con mayor razón si se trata de una restricción a la libertad personal.

Para considerar motivada una resolución o sentencia, se debe tener en cuenta que la prueba directa es aquella en que la demostración del hecho imputado surge de modo inmediato como fuente del medio probatorio que sirve para acreditar el delito o la responsabilidad del imputado, al obtener afirmaciones instrumentales que previa su depuración y valoración, son susceptibles de ser comparadas directamente con las actuadas en el proceso. En tanto que, la prueba indirecta o indiciaria es aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios), de los que se puede deducir el hecho punible o la participación del imputado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados o los que se trata de probar; entre ambas no existe diferencias cualitativas, sino que ellas operan en niveles distintos y para ser consideradas como pruebas indiciarias se requiere la concurrencia de ciertos requisitos.

La utilización de la prueba indiciaria en el proceso penal exige que el juez explicita en la resolución o en la sentencia el razonamiento lógico jurídico que lo lleva a la convicción o certidumbre para aplicar determinados hechos y la norma aplicable que sirve de fundamento para dictar su fallo, las pruebas actuadas y los criterios racionales que ha tenido en cuenta para su valoración, según las reglas de la lógica, el principio de congruencia, así como los de la experiencia y de la ciencia, porque es la única manera como el juzgador puede haber llegado al convencimiento de que se encuentra ante una verdadera prueba de cargo o ante un conjunto de indicios que constituyen prueba indiciaria que pueden desvirtuar o destruir la presunción de inocencia; ante la carencia o insuficiencia de pruebas, se absuelve.

La Sala Penal Permanente al dictar una sentencia de casación N° 08 – 2007 – Huaura, resolvió: *“Sexto (...) Que si bien la no valoración de determinada prueba o elemento de convicción, que podría ser esencial para la definición de la controversia, en especial para decidir el sobreseimiento pese a la acusación fiscal, sin embargo propiamente no integra la garantía genérica del debido proceso, sino la*

específica motivación contemplada en el inciso 4 del artículo 429 del CPP- 2004, añadido a la falta de rigor y coherencia de la motivación; lo que es compatible con el motivo de ilogicidad de motivación invocada como segunda causal autónoma..

Séptimo Que así las cosas, la importancia del asunto puesto a discusión estriba en determinar los alcances del presupuesto material para acordar el sobreseimiento contra el requerimiento acusatorio del Ministerio Público, específicamente el previsto en el literal d) del apartado dos del artículo trescientos cuarenta y cuatro del nuevo Código Procesal; en relación con la garantía específica de motivación, lo que resulta imprescindible para afirmar la doctrina jurisprudencial en esa novísima institución procesal, por lo que es conveniente admitir el recurso de casación por la causal de falta de ilogicidad de la motivación, excluyendo por impertinente la invocación a la vulneración de las garantías procesales constitucionales del debido proceso y defensa procesal (...).¹⁸²

Con las ejecutorias dictadas sobre este particular, se comprueba que uno de los principales problemas en la administración de justicia es la falta de motivación en sus resoluciones, por no ser congruentes, coherentes o lógicas, debido a que en algunos procesos no se respeta el principio de congruencia al no tomar en cuenta los puntos principales que han sido materia de la controversia. También puede resumirse en falta de motivación, deficiente motivación, insuficiente motivación, aparente motivación y la incongruencia entre la parte considerativa y la parte decisoria de la resolución.

Las resoluciones judiciales, deben ser adecuadamente fundamentadas mediante un razonamiento jurídico que exprese el porqué de lo que se decide. Y lo que es más grave, tal como se precisa en diversas ejecutorias no hay congruencia entre lo que acusa o postula el fiscal y lo que resuelve el órgano jurisdiccional. En muchas oportunidades ni siquiera se da respuesta a lo pedido por uno de los justiciables o cuando se resuelve se comprueba que no existe relación entre el requerimiento formulado y el fallo judicial dictado, porque no se obtiene una respuesta razonada, dando lugar a la existencia o sensación de arbitrariedad, al no lograr un convencimiento de las partes respecto a la decisión judicial. La actividad probatoria que se haya

¹⁸² *ESPINOZA GOYENA, Julio César, Nueva Jurisprudencia, Nuevo Código Procesal, p, 503*

llevado a cabo en el curso del proceso debe ser suficiente y actuada de acuerdo al procedimiento previamente establecido, referido de manera objetiva a los hechos imputados y la vinculación del procesado a los mismos.

En caso de ser pruebas de cargo deben tener un carácter incriminatorio y que sea cualitativamente mínima, para que el Juez se pueda formar un criterio interno, a fin de que lo lleve al convencimiento de que se ha cometido el delito y la culpabilidad del sindicado como responsable, al haberse relacionado y acreditado con lo que se quiere probar, teniendo en cuenta cada caso en particular, asignándole una regla de ponderación a un elemento de prueba o conjunto de ellas, que acredita el hecho narrado y descrito en la imputación o acusación formulada.

Si en el curso de un proceso no se ha llevado a cabo una actividad probatoria de cargo razonablemente suficiente; es más, jurídicamente es inaceptable que el juez valore una prueba que no ha sido obtenida lícitamente, es decir, que su incorporación al proceso se ha realizado vulnerando derechos constitucionales o procesales; únicamente la prueba anticipada puede ser tomada en cuenta si es que para su obtención se ha verificado con todas las garantías procesales, motivo por el cual es objeto de valoración y merece la consideración de tal; porque el juez y el fiscal (como defensor de la legalidad) deben controlar la investigación preparatoria o la instrucción, respectivamente, al conocer y dirigir lo que se investiga, para lo cual deben dictar las medidas necesarias respecto a la presencia de una prueba ilícita a fin de que sea rechazada, como garantía y respeto a la dignidad humana, al afectar derechos fundamentales.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en una sentencia de casación, sostuvo:

“El Tribunal debe expresar de modo claro, entendible y suficiente – más allá que, de la forma de la misma, una suscinta, escueta o concisa e incluso por remisión –las razones de un concreto pronunciamiento, en qué se apoya para adoptar su decisión – no hace falta, por cierto, que entre a debatir cada uno de los peceptos o razones jurídicas alegadas por las partes, pero si que desarrollen una argumentación racional al tema en debate.

*Desde la perspectiva del juicio de hecho o de culpabilidad, para que la sentencia no vulnere el principio lógico de razón suficiente debe cumplir dos requisitos: a) consignar expresamente el material probatorio en que se fundan las conclusiones a que se arriba, describiendo el contenido de cada elemento de prueba que seleccione como relevante (basados en medios de pruebas útiles, decisivos e idóneos) - requisito descriptivo -; y, b) valorarlo debidamente, de suerte que evidencie su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se in corpore en el fallo – requisito intelectual –.*¹⁸³

El Tribunal Constitucional, señala: *El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional*¹⁸⁴.

El concepto de seguridad jurídica abarca una serie de contenidos de justicia material, tales como: el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, profundamente ligada a la libertad, la dignidad y relacionadas con la administración de justicia, presentando entre sus exigencias, junto a la previsibilidad, la ausencia de arbitrariedad que el seguimiento de legalidad confiere a las decisiones judiciales, la corrección moral de las mismas, su aceptación social con decisiones justas y razonables, referidas a la certeza, a la eficacia; parámetros que encausen y controlen su actividad interpretativa al dictar una resolución o sentencia acompañada de una argumentación jurídica lo suficientemente sólida que respete los derechos fundamentales, evitando que se adopten decisiones contrarias a la autonomía e integridad de los individuos, a fin de que la resolución que dicte no sea arbitraria.

Este principio se configura como el de mayor importancia de control de la razonabilidad y proporcionalidad de una resolución judicial, porque dan a conocer con certeza cuáles son los motivos que la fundamentan, poniendo

¹⁸³ *Exp. Casación N° 03 – 2007, sentencia dictada por la Sala Permanente de la Corte Suprema – Huaura – el 07 de noviembre de 2007.*

¹⁸⁴ *Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 05601- 2006, PA/TC, FJ 3, publicado en la página web del Tribunal Constitucional.*

límite a la posible arbitrariedad del órgano jurisdiccional en aplicación del *ius puniendi* del Estado, como un derecho fundamental del justiciable.

La vinculación a la tutela judicial efectiva y para que la sociedad conozca si se han dado cumplimiento a los presupuestos legales, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- a) Si los hechos imputados al procesado se tipifican o adecuan en el tipo penal correspondiente,
- b) fundamento fáctico de los hechos imputados, precisando porque concluyen que el procesado ha intervenido o no en los mismos,
- c) sustento del porqué de su decisión o sea la sanción penal aplicable al caso,
- d) el sujeto procesal tiene el derecho de obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

En otra sentencia: *“La sentencia impugnada no se encuentra dentro del ámbito de la sentencia penal estándar, sino que forma parte de aquellas que se caracterizan por el hábito de la declaración demostrativa de dar ciertos hechos como probados; luego de lo cual tales hechos son declarados de manera sacramental y sin ninguna pretensión explicativa como constitutivo de un ilícito penal como si de una derivación mecánica se tratase. Esta forma de motivar aún sigue siendo práctica de muchos juzgados y tribunales de nuestro país, aunque no hace mucho se vienen experimentando ciertos cambios en ella, lo que tampoco sería justo desconocer”*.¹⁸⁵

En esta sentencia se considera que no se da cumplimiento al principio de motivación cuando no se fundamenta debidamente, procediendo de manera mecánica y arbitraria al no indicar los criterios jurídicos esenciales que han determinado su decisión o existe argumentación pero carece de objetividad, lógica y coherencia, recurriendo a consideraciones subjetivas, o la motivación que se esgrime es muy exigua, al no exponer en forma precisa, las razones fácticas, relevantes y comprobadas, no guardando relación con

¹⁸⁵ Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0728 – 2008 – PH/TC, del 13 de octubre de 2008, publicado en la página web del Tribunal Constitucional.

lo resuelto. Asimismo, cuando en las resoluciones judiciales, no se considera los procedimientos establecidos, lo que lamentablemente sucede.

II. 1. 7.- EL PRINCIPIO DEL IN DUBIO PRO REO.

II. 1. 7. 1.- CONCEPTO.

El principio de "*in dubio pro reo*", garantiza y defiende la dignidad de la persona afectada de la imputación de un delito, siendo aplicable cuando no existe certeza suficiente, respecto al hecho imputado o la ley penal invocada; en la práctica judicial comprobamos que algunos jueces pese a no tener la seguridad de la comisión del delito denunciado o la vinculación del imputado como autor o partícipe del hecho punible o la aplicación de la norma penal, debido a la inexistencia de pruebas o indicios que hayan sido incorporadas en la investigación preliminar o en el curso del juicio de manera regular y lícita, pese a esta duda razonable el Juez muchas veces dicta la detención preventiva del imputado, ya sea en la investigación preliminar, investigación preparatoria o en el auto apertorio de instrucción o una sentencia condenatoria, violando la presunción de inocencia..

Ante la incertidumbre o la falta de convicción por parte del Juez, al imputado lo privan de su libertad para recién empezar la investigación sobre la existencia del hecho punible o la probable responsabilidad, cuando en realidad: primero se debe investigar o averiguar lo ocurrido y descubrir los hechos atribuidos mediante la obtención de pruebas o indicios verificados en la investigación preliminar, a fin de que en base a ello se disponga la privación de libertad o se dicte una sentencia condenatoria; y no como sucede muchas veces - en nuestro país -, que algunos jueces optan por detener para recién empezar a conseguir las fuentes de prueba.

En el actual proceso penal quienes tienen el deber de aportar y solicitar la actuación de las pruebas es el fiscal, la parte civil y el juez, -según la ley procesal vigente en el C. de P. P. -, quienes no cumplen a cabalidad con esta función, a fin de que se verifique la realización de una mínima actividad probatoria para acreditar la comisión del delito imputado y la responsabilidad del procesado, ya sea, en la investigación preliminar o judicial, porque en

nuestra realidad, sucede todo lo contrario, es el imputado quien tiene que demostrar su inocencia o que el hecho denunciado no constituye delito - *probatío* diabólica de los hechos negativos -, sin tener en consideración que ante la incertidumbre es de aplicación el principio *in dubio pro reo*, que tiene sustento en el inciso 11) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, en base al fundamento de que si la certeza no ha sido alcanzada, no procede decretar ninguna medida en su contra, al inicio de la instrucción o de la investigación preliminar o preparatoria o que sea liberado de la acusación fiscal en una sentencia absolutoria ante la imposibilidad de declarar la culpabilidad del procesado”¹⁸⁶.

Como veremos en las diversas ejecutorias del Tribunal Constitucional del Perú y de España, la Corte Suprema, la opinión de diversos doctrinarios, para la aplicación del *in dubio pro reo*, se debe tener en cuenta lo siguiente:

a) En un proceso penal quien tiene la carga de la prueba desde el inicio de la investigación preliminar es el Fiscal, así como el juez de acuerdo al C. de P. P. (1940) y a la LOMP, para acreditar los hechos imputados, respectivamente, así como los elementos fácticos que integran el delito, las circunstancias atenuantes o agravantes, sobre la responsabilidad penal del imputado, para que el juez forme su convicción con la prueba actuada.

b) Las pruebas deben actuarse en el curso de la investigación preliminar (con intervención del Fiscal) o del proceso, con las debidas garantías previstas en nuestro ordenamiento procesal a fin de que su ingreso sea

¹⁸⁶ El inciso 11 del artículo 139° de la Constitución, establece: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”. Mientras que el artículo 72 del Código de Procedimientos Penales (1940), modificado por la Ley N° 24388, señala: “La instrucción tiene por objeto reunir las pruebas de la realización del delito, de las circunstancias en que se ha perpetrado, y de sus móviles; establecer la distinta participación que hayan tenido las autoridades y cómplices en la ejecución (...) Las diligencias actuadas en la etapa policial con la intervención del Ministerio Público y las practicadas por el propio Fiscal Provincial, con asistencia del defensor, que no fueran cuestionadas, mantendrán su valor probatorio para los efectos del juzgamiento. En este caso, sólo se actuarán las diligencias que no pudieron lograrse en la investigación previa, las que se consideren indispensables por el Juez o el Ministerio Público o las que sean propuestas por el inculcado o la parte civil”. Al respecto el artículo 14 del Decreto Legislativo N° 052 (Ley Orgánica del Ministerio Público) dispone: “Sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales (...). Los jueces (...) citarán oportunamente, bajo responsabilidad, al Fiscal que actúe en el proceso de que conocen a sus diligencias fundamentales y a las de actuación de pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes u ordenadas de oficio (...)”.

regular y válido, excepto las preconstituidas o anticipadas. Es decir, las actuadas en una comisión investigadora congresal o “*de la verdad o reconciliación*”¹⁸⁷, no tienen valor probatorio, para que lo tengan deben actuarse en el curso del juicio y pueda constituir prueba de cargo.

c) Los medios probatorios tienen que ser valorados libremente por el Juez desde el momento que dicta una medida coercitiva -con mayor razón para decretar mandato de detención- o al dictar sentencia, a fin de que el juzgador tenga la seguridad de que se ha cometido el hecho punible y la culpabilidad del imputado; convicción a la que debe llegar, porque ésta y las pruebas van íntimamente ligadas, la primera no es más que el resultado de la segunda.

d) Para destruir la presunción de inocencia, es necesario que se actúe una mínima actividad probatoria, con las formalidades procesales y con absoluto respeto a los derechos fundamentales, porque el juez no puede valorar lo que está prohibido, ya que este principio surte efecto desde el inicio del proceso penal y con mayor razón cuando se trata de detener o condenar al procesado; y de existir una duda razonable en cuanto a la comisión del delito o la culpabilidad del imputado, no procede dictar medida restrictiva alguna ni mucho menos condenarlo.

e) En la duda hay una vacilación pendular de carácter afirmativo o negativo, entre los motivos que llevan a tomar una decisión con relación a una imputación formulada, al no haber llegado a la certeza de lo que afirma la víctima o el fiscal.

f) Cuando los “medios probatorios o indicios”, inspiran la incertidumbre porque no son lo suficiente explícitos o eficaces para determinar una convicción en el juez, ya sea, en los hechos que motivan la instauración del proceso, como en lo que respecta a la ley penal aplicable al caso concreto o la culpabilidad del imputado, estamos ante una evidente duda razonable y no la certeza para Omar una decisión.

g) Si las pruebas existentes suscitan en el juez razonamientos equívocos o disímiles, lo que da lugar a no tomar una concreta decisión, es

¹⁸⁷ Nos referimos a la Comisión de la Verdad y Reconciliación.

decir, éste se encuentra ante una incertidumbre, porque las pruebas aportadas no lo convencen.

II. 1. 7. 2.- OPINIONES.

Cafferata Nores: *“La duda – para ser beneficiosa – deberá recaer sobre los aspectos fácticos (físicos o psíquicos) relacionados a la imputación. Se referirá especialmente a la materialidad del delito, a sus circunstancias jurídicamente relevantes, a la participación culpable del imputado y a la existencia de causas de justificación, inculpabilidad, inimputabilidad o excusas absolutorias que pudieran haberse planteado en el proceso.(...); pero su máxima eficacia se mostrará en oportunidad de elaborarse la sentencia definitiva.”*¹⁸⁸.

Alberto M. Binder: *“(…) Se han planteado dudas y discusiones acerca de cuál es la resolución adecuada cuando no se ha llegado al grado de certeza que requiere el sobreseimiento, tampoco existen razones suficientes para fundar una acusación y la investigación se halla agotada. Podemos decir, pues, que nos hallamos ante un estado de incertidumbre insuperable. (…).”*¹⁸⁹.

Manuel Miranda Estrampes: *“(…): i) En los casos, de ausencia de prueba adecuada, es decir, cuando las pruebas practicadas no presenten un carácter incriminatorio o inculpatario (...); ii) cuando a pesar de existir una prueba adecuada «de cargo», ésta no sea suficiente a los efectos de formar la convicción judicial acerca de la culpabilidad del acusado, eliminando toda duda razonable. Este venía siendo el campo de aplicación propio del principio del in dubio pro reo.”*¹⁹⁰.

Julio B. Maier: *“(…) el in dubio pro reo haría referencia a un estado subjetivo del juzgador tras valorar la prueba (el estado de duda), cuyo carácter interno permite la fácil ocultación de la infracción de aquel principio y dificulta una impugnación fundada en la misma. Por el contrario, el respeto a la presunción de inocencia sería más objetable, porque se comprueba comparando la Sentencia con la actividad probatoria efectivamente desarrollada”*¹⁹¹.

De lo expuesto por los doctrinarios, como podemos verificar existe coincidencia que ante la carencia de prueba, el juez no puede llegar a tener la certeza o convicción, respecto a la comisión del delito o la culpabilidad del

¹⁸⁸ CAFFERATA NORES, *Proceso Penal y Derechos humanos*, cit., p. 75.

¹⁸⁹ BINDER, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, cit., p. 230.

¹⁹⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 618.

¹⁹¹ MAIER, Julio B. J., *La Ordenanza Procesal Penal alemana*, Depalma, Buenos Aires, 1978, T. I, p. 284.

imputado, es decir, ante un estado de incertidumbre, no se elimina la duda razonable, por lo que cabe aplicar el *in dubio pro reo*.

II. 1. 7. 3.- EJECUTORIAS.

Una ejecutoria, noción: *“El in dubio pro reo es un principio y una garantía de la administración de justicia que encuentra sustento en otro principio fundamental reconocido en nuestra Carta Magna, que es el de la presunción de inocencia o no culpabilidad, es decir que solo una sentencia condenatoria emanada de un proceso regular declara la culpabilidad y esta última debe ser construida con certeza”*¹⁹².

Ejecutoria suprema: *“Con relación al procesado, de la valoración de lo hechos y de la prueba actuada en el proceso, no existen elementos de juicio suficientes que demuestren su responsabilidad, por cuanto en autos existen solo existen presunciones, lo cual no ha sido corroborado con prueba idónea; aunado a ello se tiene que ninguno de sus coprocesador lo ha sindicado en forma directa como autor del hecho investigado; además durante la secuela del proceso el citado encausado, ha rechazado en forma uniforme y coherente los cargos ue se le imputan; por lo que no existiendo indicios razonables, es procedente absolverlo con arreglo al principio universal del in dubio pro reo”*¹⁹³.

Otra sentencia, sobre finalidad: *“La invocación del in dubio pro reo como principio universal está dirigido al juzgador como una norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en los se ha desarrollado una actividad probatoria normal, si las pruebas dejaren duda sobre la responsabilidad del encausado, por humanidad y justicia deberá absolversele de la acusación fiscal”*¹⁹⁴.

Ejecutoria suprema, falta de determinación de la conducta típica: *“No ha sido objeto de prueba en este proceso, si el procesado intentó suicidarse, y logrado aquello exculparlo del cargo por el que se le ha acusado, pues muy bien pudo haber realizado uno u otro comportamiento; que, por el contrario la creciente, la creciente posición a favor de la eventual tendencia suicida del imputado, aparejada con testificales en ese sentido, han puesto al tribunal de instancia en estado de incertidumbre respecto de la culpabilidad del acusado en los cargos a que se contrae la acusación fiscal”*¹⁹⁵.

¹⁹² Exp. N° 7379 – 97 en El proceso Penal en su *Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, junio de 2008, Lima, Gaceta Jurídica S. A., p. 72.

¹⁹³ Exp. R.N. N° 2712 – 2003, San Martín, op. cit p. 73.

¹⁹⁴ Exp. R.N. N° 460 – 2002, Jaén, op cit, p. 74.

¹⁹⁵ Exp. R.N N° 25 – 2005, op. cit, p. 74.

Para la aplicación del *in dubio pro reo* el juzgador para llegar a establecer la existencia del delito o la culpabilidad del procesado en los procesos en los cuales se ha desarrollado una actividad probatoria normal, respetando el procedimiento previamente establecido y llegada la etapa de la valoración de las pruebas actuadas, debe concluir que se ha destruido la presunción de inocencia; en caso contrario, no logran convencerlo o no se ha acreditado con certeza que se ha producido la comisión del delito y responsabilidad del imputado, creando una incertidumbre en el ánimo del Juez, es decir, éste se encuentra ante la concurrencia de un problema subjetivo, cual es, al haber apreciado la prueba actuada, se encuentra frente a una duda razonable, motivo por el cual ésta debe ser aplicada y resuelta a favor del procesado, pues existen motivos para creer o no creer, al no alcanzar la certeza, pues la convicción del Juez debe ser razonada y racional, atendiendo al principio de la valoración de la prueba.

Cuando no se acreditan todos los elementos del tipo penal investigado o al no existir prueba de cargo valorable, el juzgador ante esta evidente incertidumbre, debe concluir en la aplicación de este principio del *indubio pro reo* y absolver al imputado. La duda es el particular estado que llega el juzgador, según el cual se origina ante una vacilación pendular entre las razones que lo puedan llevar a tomar una decisión, debido a que éstas no resultan lo suficientemente explícitos o eficaces para determinar una opción convincente, respecto a que si se cometió o no el delito o sobre la responsabilidad penal del imputado.

El artículo 284º del Código de Procedimientos Penales, señala *que un procesado debe ser absuelto cuando (...) o porque ellas no son suficientes para establecer su culpabilidad, su consecuencia es la absolución*. En el artículo 398 del CPP- 2004, 1) *La motivación de la sentencia absolutoria (...), que los medios probatorios no son suficientes para establecer su culpabilidad, que subsiste una duda sobre la misma, (...)* Como podemos verificar en ambas normas procesales precisan que se debe absolver a un procesado cuando existe una duda razonable, en lo que respecta a su responsabilidad penal o a la comisión del delito, en cuanto al hecho imputado o a la norma aplicable,

como sucede en muchas oportunidades, que para algunos resulta menos complicado, condenar o detener al imputado.

Las pruebas actuadas judicialmente deben ser fidedignas y llevar al convencimiento del juzgador al dictar una resolución o sentencia, pues éste no puede estar basado en conjeturas imprecisas o presunciones para los efectos de decretar una detención preventiva judicial o dictar una sentencia condenatoria; cuando existen vicios en la investigación judicial o durante el juzgamiento respecto a la actuación de los medios probatorios da lugar a que se genere una situación de incertidumbre en las mismas, por lo que se debe concluir que es aplicable el principio del *in dubio pro reo*, ya que no es admisible que a un imputado se le imponga una sanción o sea privado de su libertad ambulatoria, cuando no existen pruebas fehacientes de la comisión del delito o de su responsabilidad, es decir, no se ha llegado a la certeza o verdad real, motivo por el cual ante esta incertidumbre en modo alguno el Juez puede tomar una decisión en su contra cuando no tiene la convicción de lo que ha de resolver.

La valoración y convicción a la que llegue el órgano jurisdiccional en base a la prueba ofrecida y actuada, es para conseguir con exactitud las afirmaciones verificadas por los sujetos procesales, de allí que la imputación que se formule contra un procesado en el curso de la investigación preliminar- para los efectos de decretar detención preventiva- o en la investigación preparatoria para que se decrete la prisión preventiva o una sentencia condenatoria, durante el curso del proceso, su responsabilidad ha tenido que ser corroborados o desvirtuados mediante medios probatorios objetivos y razonables que persuadan al Juez a concluir de manera indubitable de que está acreditado el delito o la responsabilidad del autor o partícipe, desvirtuando la presunción de inocencia de que gozan todos los procesados; y si esto no sucede, el juzgador se encuentra ante una evidente duda razonable.

Tal como lo sostiene Miranda Estrampes: *“así mientras la verdad se define como la identidad del conocimiento o de la idea con el objeto de éste, es decir, la conformidad de la idea con la cosa; la certeza se configura como la manifestación subjetiva de la verdad, esto es, la creencia de lo afirmado es la verdad. (...) por*

consiguiente, la certeza judicial no supone que el Juez se encuentre en posesión de la verdad sino que cree haberla encontrado. Lo característico de la certeza es la ausencia de toda duda, con lo cual la probabilidad queda excluida”¹⁹⁶.

Existe criterio doctrinal y jurisprudencial en el sentido de que la aplicación de la duda razonable, no solamente se aplica cuando se dicta una sentencia, sino también al inicio del proceso penal cuando el Juez entra en contacto con la prueba, esto es, con el auto apertorio de instrucción o el inicio de la investigación preliminar o preparatoria; para tal efecto, es necesario que se tenga en cuenta lo señalado en la modificación del artículo 77 del C. P. P., mediante la Ley 28117, en la que se señala: *“recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal sólo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicios reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe (...).* La valoración de la prueba y a la convicción jurisdiccional no son conceptos equivalentes sino distintos; en la primera, como actividad intelectual del juez es anterior a la segunda, o sea, que es el resultado de la valoración de la prueba actuada en la investigación preliminar o durante el proceso, según el caso.

Más aun, para decretar mandato de detención el inciso 1 del artículo 135, señala: *Que existan suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe de un delito (...).* En tanto que el artículo 268 del NCPP – 2004, es más concluyente al señalar: *“Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe (...),* De tal manera, que teniendo en cuenta que la libertad de una persona es un derecho fundamental y como tutela procesal efectiva- derecho de defensa, debido proceso-, el Juez para disponer la privación de libertad de un imputado al inicio o en el curso del proceso penal, debe estar convencido con las pruebas aportadas en la investigación preliminar o lo adjuntado en la denuncia o durante la instrucción o investigación preparatoria, en principio de que se ha cometido el delito y el imputado se encuentra vinculado a éste en su condición de autor o partícipe.

¹⁹⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *Idem*, pág. 57.

CAPÍTULO II

III.- PROCESO CONSTITUCIONAL DE HÁBEAS CORPUS

III. 1.- CUESTIONES PREVIAS

El proceso constitucional de hábeas corpus es el remedio sumario regulado por el Derecho Procesal Constitucional que tiene toda persona ante la amenaza o la pérdida de libertad decretada en forma arbitraria; y con alcance dirigido a la defensa de tal derecho, luego de comprobar la violación de normas constitucionales, penales o procesales, tanto en el supuesto de omisión de vías señaladas en la ley procesal como en la ineficacia de las existentes, que vulneren otros derechos conexos que conforman la esfera subjetiva de libertad y seguridad personales, la integridad personal y la libertad de tránsito; el debido proceso; etc., ante el acto u omisión ejecutado o no por cualquier autoridad, funcionario o persona particular.

Para tal efecto es necesario que se tenga en consideración lo previsto en el Código Procesal Constitucional, en la segunda parte del artículo 4: *“El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva”*. (...)

El artículo 5.- No proceden los procesos constitucionales cuando: inciso 1: *“Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.*

2. *Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate de hábeas corpus”*.

Ante la escasa posibilidad de protección de los derechos fundamentales por parte del Estado como la libertad personal o lo conexo a ella, tenemos que en las últimas décadas – en ciertos casos –, el proceso penal es utilizado como una forma de persecución pública, pues basta que a una persona se le impute ser autor o partícipe de delitos que revistan o no gravedad, para que el Juez disponga su detención al inicio del proceso, sin pruebas o indicios relacionados con los presupuestos procesales que deben concurrir conjuntamente, situación que se agrava por la deficiencia o lentitud en la administración de justicia, es allí donde se erigen las garantías constitucionales como instrumento de vital importancia para que se respeten.

Los procesos constitucionales persiguen no sólo la tutela subjetiva de los derechos fundamentales de las personas, sino también comprenden la tutela objetiva de la Constitución; porque la protección interesa al titular de este derecho, al estado y la sociedad; y prueba de ello es que en algunas oportunidades se formulan denuncias a una persona imputándole una supuesta conducta delictiva y para agravar su situación jurídica lo sustentan en una falsa tipificación de los hechos o verificando una interpretación extensiva del tipo penal, a fin de que el Fiscal la haga suya y formalice su denuncia por un delito más grave, para que el Juez decrete la detención preventiva del investigado, afectando dicho derecho fundamental, la misma que puede llevarse a cabo de diversas formas, como una detención arbitraria – inconcurrencia de presupuestos –, o legítima en su origen, o ilegítima por exceso en el plazo de prisión preventiva o no variar dicha medida pese a que se han desvanecido los fundamentos que originaron la privación de libertad.

El Tribunal Constitucional, ha señalado para la procedencia de hábeas corpus; y, su improcedencia liminar lo siguiente:

“7. De ello se infiere que la admisión a trámite de una demanda de hábeas corpus que cuestiona una resolución judicial sólo procede cuando:

- a) Exista resolución judicial firme.*
- b) Exista vulneración MANFIESTA.*
- c) Y que dicha vulneración agrave la libertad individual y la tutela procesal.*

*Por tanto, el hábeas corpus es **improcedente** (rechazo liminar) cuando:*

*Los hechos denunciados no se encuentren directamente relacionados **con el agravio al derecho de la libertad individual.***

*Del mismo modo, el hábeas corpus contra una resolución judicial es **improcedente** (rechazo liminar) cuando:*

- a) La resolución judicial no es firme.*
- b) La resolución judicial no vulnera en forma manifiesta el derecho a la libertad individual, o si*
- c) No se agravia la tutela procesal efectiva.¹⁹⁷*

¹⁹⁷ Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 01383 – 2008 – PHC/TC, Piura, 25 de mayo de 2009, página web del Tribunal Constitucional.

Las resoluciones que se dicten – privar de libertad a un procesado –, debe estar debidamente fundamentada, a fin de demostrar, que la administración de justicia actúa de acuerdo a las normas procesales – cumplimiento formal de los requisitos señalados –, y si supuestamente, se llegara a cumplir estos presupuestos, muchas veces, no procede aplicar dicha medida restrictiva. Se debe decretar como la *última ratio*, cuando exista una menos intensa y gravosa, pero eficaz para lograr el mismo objetivo que se persigue; como el de una comparecencia restringida y permita a los justiciables ejerzan de manera efectiva su derecho de defensa, constatando las causales de la imputación que se le formula y el respeto a los procedimientos legalmente establecidos, tomando en consideración el principio de proporcionalidad.

Estas violaciones se corroboran con las diversas sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, en los procesos constitucionales de hábeas corpus, por ser un instrumento que protege la libertad de las personas o derechos conexos a ella, evitando o disponiendo el cese de los actos que lesionan estos derechos, decretando se de término a la injusta privación de libertad originada por resoluciones dictadas por jueces penales y confirmadas por las instancias superiores – luego de agotada la instancia judicial –, porque el Juez al momento de dictar mandato de detención o prisión preventiva, en la investigación preliminar o en el auto apertorio de instrucción o en al inicio de la investigación preparatoria en contra del imputado, la decretan en muchas oportunidades sin la concurrencia de los presupuestos señalados en la norma procesal y sin reparar que la privación de libertad se debe dictar de manera excepcional, solamente en casos de necesidad y urgencia.

Pese a lo anteriormente expuesto, que es una manifiesta realidad en la administración de justicia, en cuanto al uso y abuso de la detención o prisión preventiva, el Tribunal Constitucional, en la misma sentencia antes referida, señala:

(...) “14. En tal sentido este Tribunal es enfático en señalar que no puede admitirse a trámite demandas constitucionales por el hecho de que una resolución no contenga la fundamentación que el recurrente necesita para sus intereses

personales, puesto que esto supondría que toda resolución pueda ser cuestionada en vía constitucional alegándose un presunto agravio a los derechos fundamentales lo cual indudablemente acarrearía una carga inmanejable para los órganos encargados de administrar una diligente justicia constitucional. En efecto, la tramitación e demandas de hábeas corpus destinadas al fracaso restringen la atención oportuna a los justiciables que legítimamente recurren a este proceso libertario con auténticas demandas de la libertad, lo que ocasiona un grave daño al orden objetivo constitucional, en tanto persisten demandas manifiestamente improcedentes, que constituyen obstáculos a la labor de los órganos jurisdiccionales encargados de administrar justicia (...).¹⁹⁸

Se precisa en esta sentencia, los casos en los cuales los procesos constitucionales de hábeas corpus, que a su criterio deben ser admitidas y cuando deben ser declaradas improcedentes, porque muchas veces se interponen debido a que el fundamento que esgrime el órgano jurisdiccional no satisface sus intereses personales y en muchas oportunidades se hace un mal uso de este proceso, pero, en otras sentencias han sostenido que su avocamiento no significa que se arroguen funciones que le corresponde al Poder Judicial, ni se pronuncian sobre el fondo del proceso, intervienen al verificar la violación del derecho fundamental de la libertad persona, lo conexo a ella y la tutela procesal, al comprobarlo y, de ser el caso disponen la inmediata libertad del afectado con esta medida restrictiva, al mismo tiempo que señalan se dicten las medidas necesarias para garantizar que el procesado concurra al juicio, a fin de que se dicte la sentencia absolutoria o condenatoria, según el caso.

Asimismo, en dicha sentencia señalan que excepcionalmente intervienen cuando la violación del derecho fundamental se ha originado al dictarse el auto apertorio de instrucción o de la Investigación Preparatoria, resolución que no es impugnabile, pero se verifica que la medida restrictiva comporta un agravio a la libertad personal, precisando que entre ambas existe diferencia en su naturaleza, en los bienes jurídicos que pretenden asegurar, en sus efectos jurídicos, en la finalidad procesal que persiguen y en los presupuestos legales que las sustentan.

¹⁹⁸ Exp. N° 01383 – 2008 – PHC/TC, op, cit.

Giancarlo Rolla:“(…)Ello es así porque cuando un juez constitucional decide sobre un recurso evalúa – en verdad – un caso particular, es decir, asegura la protección del derecho concreto del demandante; pero al mismo tiempo, al suministrar una determinada interpretación, introduce una regla general que puede actuar como precedente, esto es, orienta los comportamientos futuros tanto del mismo juez constitucional como de los jueces ordinarios. De hecho se suele considerar que el juez constitucional no es sólo intérprete y juez, sino también creador de normas jurídicas. Dicha condición se determina en los casos de tutela indirecta de los derechos, bien reconociéndose a las decisiones el valor vinculante del precedente, o bien extendiendo la naturaleza vinculante de la parte dispositiva a la entera decisión, de manera que también los significados normativos en las *rationes decidendi* se convierten en obligatorios (...) [Los] jueces constitucionales cumplen una función cívica, de educación para la democracia: puede ser correcto hablar del papel didáctico de las cortes constitucionales, que consiste en su capacidad de instaurar la cultura de los derechos fundamentales, de hacer perceptible ante la opinión pública el significado y el valor de las disposiciones constitucionales en materia de derechos”¹⁹⁹.

El Tribunal Constitucional: “(…), este Colegiado debe señalar que el proceso de constitución al de hábeas corpus no debe ser utilizado como vía indirecta para: i) dilucidar aspectos que son propios de la instancia correspondiente, o ii) solicitar cuestiones infraconstitucionales que no competen a la justicia constitucional. Al respecto, se debe subrayar que el Tribunal Constitucional no es un ente sancionador y menos punitivo, sino un órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad cuyo objeto, en los procesos de hábeas corpus, es el de reponer las cosas al estado anterior al agravio al derecho a la libertad personal o sus derechos conexos (...) Igual criterio en el exp. N° 2849- 2004 HC/ TC.”²⁰⁰.

El Tribunal Constitucional precisa que cuando se trata de hábeas corpus que se interpone a raíz de una resolución judicial, ésta en modo alguno puede ser una vía indirecta, para conseguir lo que no se pudo hacer judicialmente y sobre todo, que estos pedidos no les competen a ellos.

¹⁹⁹ ROLLA, Giancarlo, “Derechos fundamentales y Estado democrático: El papel de la justicia constitucional”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 2, Lima, 2000, pp. 26, 27.

²⁰⁰ Sentencia dictada en el exp. N° 05557 – 2009 – PHC/TC, Lima, el 5 de marzo de 2010, publicado en la página web del Tribunal Constitucional.

Otra sentencia: “11 (...) que los procesos constitucionales no constituyen una supra instancia en la que pueda emitirse pronunciamiento tendiente a determinar si existe, o no, responsabilidad penal de los inculpados, a partir de un reexamen o valoración de los medios de pruebas aportados en su seno, pues ello resulta incompatible con la naturaleza del constitucional de hábeas corpus, dado que dicha valoración excede el objeto de los procesos constitucionales de la libertad”²⁰¹.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional, no solamente expresa que por vía indirecta puedan analizar lo que es de estricta competencia del órgano jurisdiccional, sino que, además, precisan que no son una supra instancia para que se pronuncien respecto a la responsabilidad penal del accionante, reexaminando o valorando las pruebas que son presentadas en el proceso constitucional de hábeas corpus, porque ello es el objeto del proceso penal, y por lo tanto solamente le incumbe esta función a los juzgadores como encargados de administrar justicia, pues a la justicia constitucional le compete verificar única y exclusivamente, si se ha producido la violación de un derecho fundamental que atente contra la libertad personal del procesado o lo conexo a ella, más no lo que se haya actuado en un proceso penal.

En la actualidad de acuerdo a la información del INPE, en todas las cárceles del país existen más de 46, 000 internos privados de libertad, de los cuales más del 70% se encuentra con detención preventiva, es decir sin haber sido objeto de una sentencia condenatoria en primera instancia; y, de acuerdo a nuestra Constitución Política se les presume inocente, justamente, el presente trabajo lo que se pretende demostrar es que al decretarse esta medida restrictiva de carácter personal al inicio del proceso penal o en el curso de ella, se violan – en muchos casos –, los derechos fundamentales, como el de legalidad, libertad, debido proceso, motivación, etc. Ante esta triste realidad, es que los justiciables recurren al proceso constitucional de hábeas corpus como última alternativa, porque no es justo, que después de varios años, siendo inocente, se resuelva la situación jurídica, dando por compurgada la pena con el tiempo de detención que viene sufriendo.

²⁰¹ Sentencia en el exp. N° 03547 – 2009 – PHC/TC, Lima, 6 de octubre 2009, publicada en la página web del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional en una sentencia, sostiene: “2. *En el proceso penal seguido contra el favorecido, el Ministerio Público interpuso recurso de nulidad respecto al extremo referido a la absolución del recurrente por el delito de secuestro, sin cuestionar el extremo de la condena por el delito de homicidio y violación. Sin embargo, la Sala suprema declaró no haber nulidad en el extremo impugnado, y modificó el quantum de la pena impuesta en los delitos de violación sexual y homicidio calificado. En atención a ello y observándose que dicho pronunciamiento incide de manera negativa en el derecho a la libertad del actor, el Tribunal Constitucional tiene competencia ratione materiae para evaluar la legitimidad constitucional de la cuestionada resolución suprema.*

*(...) De lo que se colige que en toda impugnación el órgano revisor solo puede actuar bajo el principio de limitación (tantum apellatum quantum devolutum) que a su vez implica reconocer la prohibición de la reformatio in peius, que significa que el superior jerárquico está prohibido de reformar la situación cuestionada en perjuicio del inculpado más allá de los términos de la impugnación. (...)*²⁰²

De acuerdo a la sentencia antes mencionada, se tiene que el Tribunal asumió competencia, en un proceso penal ya concluido en la Corte Suprema debido a que se había vulnerado la libertad personal del beneficiario, sosteniendo que ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto, sino todo lo contrario, máxime cuando en última instancia se le ha incrementar la pena, pese a que el Fiscal no interpuso un recurso impugnatorio; motivo por el cual la Suprema reconoce la improcedencia de la reformatio in peius, que significa que no están facultados para incrementar la pena, en contra del procesado, lo que si puede suceder cuando el Fiscal, impugna la sentencia o resolución. Al comprobar esta vulneración, es que el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y nula la ejecutoria suprema, disponiéndose que dicte una nueva resolución. Esto significa, al constatar la violación de un derecho fundamental, como la libertad personal que afecta al sentenciado, en un proceso ya concluido en última instancia, como el que motivó este proceso, se declara fundada.

²⁰² *Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 05975 – 2008 – HC/TC, 12 de mayo de 2010, publicada en la página web.*

En otra sentencia el Tribunal Constitucional, se refiere a la protección mediante hábeas corpus del derecho a la integridad: *“(E)l contenido esencial del derecho a la integridad personal se direcciona en tres planos: físico, psíquico y moral. Así, la integridad física presupone el derecho a conservar la estructura orgánica del ser humano; y, por ende, a preservar la forma, disposición y funcionamiento e los órganos del cuerpo humano y, en general la salud del cuerpo. La afectación de la integridad física se produce cuando se generan cuando se generan incapacidades, deformaciones, mutilaciones, perturbaciones o alteraciones funcionales, enfermedades corpóreas, etc. En ese orden de ideas el apartado h) del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución Política prohíbe toda forma de violencia física”*²⁰³

En otra sentencia protege el principio *ne bis in idem*: *“Una vez verificado (que la resolución tiene la calidad de cosa juzgada) será pertinente analizar strictu sensu los componentes del ne bis in idem, esto es: a) identidad de la persona física o identidad del sujeto; b) identidad del objeto o identidad objetiva; y, c) identidad de la causa de persecución o identidad de fundamento”*²⁰⁴

Otra sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, respecto a la protección mediante hábeas corpus llamado correctivo como tutela del derecho que debe tener toda persona privada de su libertad. *“A no ser objeto de un tratamiento carente de razonamiento y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena. Por tanto procede ante actos u omisiones que comporten violación o amenaza del derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, del derecho a la vida familiar y, de manera muy significativa, del derecho al trato digno y no ser objeto de penas o tratos inhumanos o degradantes, cuando se ha determinado el cumplimiento de un mandato de detención provisional o de pena”* (Cfr. STC Exp. N° 590 – 2001 – HC/TC, STC Exp. N° 2663 – 2003 – HC/TC, STC Exp. N° 1429 – 2002 – HC/TC Y STC Exp. N° 05484 – 2009 – PHC/TC; publicados en la página Web del Tribunal Constitucional).

III. 2.- CONCEPTO

²⁰³ Sentencia del Tribunal Constitucional en el .exp. N° 06117 – 2009 – PHC/TC, publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 27 de abril de 2010.

²⁰⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional en el exp. N° 02600 – 2009 – PHC/TC, publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 30 de abril de 2010

El Proceso Constitucional de Hábeas Corpus se encuentra claramente definido en el inciso 1 del artículo 200º de la Constitución Política del Estado: “Son garantías constitucionales:

1.- La Acción de Hábeas Corpus, *que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos (...)*”.

Samuel Abad Yupanqui, sostiene: “(...) corresponde a los tribunales y a su jurisprudencia un rol de especial relevancia para tutelar los derechos fundamentales y limitar los excesos de poder. Sin embargo, para que exista un eficaz control de los actos de los poderes públicos se requiere contar con órganos jurisdiccionales independientes, autónomos e imparciales que protejan a las personas frente a los excesos del poder”²⁰⁵.

La garantía de la seguridad personal o individual o el principio de igualdad y dignidad de los seres humanos por el simple hecho de serlo; así como, la libertad personal son los presupuestos del Estado en cuanto forma de organización debe brindar a sus integrantes. Con la génesis del Estado surge la aspiración de toda persona a la seguridad y al instinto de conservación; porque de acuerdo a la Constitución los hombres son iguales y libres; pero en la realidad no se sienten seguros, razón por la cual las personas tienen que transformar la igualdad y libertad natural en igualdad y libertad jurídica, por lo que es indispensable y necesaria la presencia del Estado, para protegerla, pero, no para que la vulneren abusando del ius puniendo, como sucede en contra de muchos procesados en nuestra realidad judicial.

El Estado puede transformar la garantía de seguridad personal en el instrumento de mayor inseguridad para el individuo como ha sucedido en la historia de la convivencia humana, valiéndose de múltiples razones, inclusive de la ley; por lo que debe ser, una garantía necesaria de la seguridad personal, pero comprobamos que no es suficiente, de allí que es necesaria una garantía adicional, que bien podríamos llamar una garantía de la garantía, la misma que la encontramos en el hábeas corpus como

²⁰⁵ ABAD YUPANQUI, Samuel, “Prólogo”, a PIZARRO GUERRERO, Miguel, *Jurisprudencia Constitucional de Hábeas Corpus*, Grijley, Lima, 2003, p. xv.

instrumento procesal, que disponen las personas para reaccionar frente a una posible violación de sus derechos fundamentales relacionado con la libertad física, de movimiento, de tránsito y a la integridad personal, prolongando su tutela a la amenaza o acto lesivo a la vida, la integridad física y psicológica o la salud.

Castillo Córdova: *“El hábeas corpus, en estricto, es una garantía constitucional destinada a proteger directamente derechos constitucionales, y en cuanto protege derechos reconocidos en la norma constitucional, pretende la vigencia plena de la Constitución como norma jurídica y fundamental”*²⁰⁶.

Bidart Campos: *“Con el hábeas corpus no se faculta a los individuos para resolver consultas, ni para discutir cuestiones abstractas (...). La tendencia predominante reserva el hábeas corpus para amparar la libertad, y remover su privación ilegal o arbitraria. Tiene la categoría de una garantía suprema mediante el cual el particular afectado, o aun otra persona por él acude ante la autoridad judicial demandando la recuperación de la libertad. Si la detención no ha emanado de autoridad competente, o no ha guardado la debida formalidad, o carece de causa legal, se dispone la liberación”*²⁰⁷.

De lo expuesto podemos concluir, que los jueces constitucionales, no solamente son intérpretes, sino también al dictar algunas sentencias señalan en forma expresa que éstas sirven de precedentes o vinculantes, al determinar que lo resuelto en los procesos referidos a la tutela de los derechos fundamentales tienen dicho carácter porque estos repercuten de manera directa sobre la libertad de la persona; y, de acuerdo a su Ley Orgánica, al ser considerados como precedentes se convierten en obligatorios para los integrantes del órgano jurisdiccional como una protección plena de la tutela efectiva, a favor de quienes se han vulnerado sus derechos fundamentales, porque solo cabe cuestionar la irregularidad de la actuación judicial a través del control constitucional en conexión con la libertad individual, por constituir el estado normal de una persona.

²⁰⁶ CASTILLO CÓRDOVA, LUIS, *“Comentarios al Código Procesal, Tomo II, Editorial Palestra, Lima, 2006, p.509.*

²⁰⁷ BIDART CAMPOS, Germán J., *Régimen legal y jurisprudencial del Amparo, Ediar, Buenos Aires, 1968, p. 82.*

El Tribunal Constitucional también cumple con una función informativa cuando resuelven un proceso constitucional, pues sirven para que todos los ciudadanos puedan conocer el contenido de sus decisiones, por ser un mecanismo de garantía de respeto a los derechos fundamentales, sobre todo, si tenemos en cuenta que la Jurisprudencia en esta materia a pesar de estar constituida por una pluralidad de derechos específicos y autónomos, pueden ser considerados en toda su unidad como elementos que caracterizan la forma de Estado, constituyendo un espejo emblemático de la realidad social, de sus contradicciones y de sus transformaciones.

Hoy en día existe una estrecha relación entre la Constitución y la protección a los derechos fundamentales, por lo que cabe sostener que éstas nacen con ella y se consolidan para tutelar la libertad de la persona en sus relaciones con el Estado, estableciendo garantías para el disfrute de los derechos humanos. Es allí cuando surge la presencia del juez constitucional, porque tenemos la plena convicción que entre la ley y estos magistrados no se reflejan dos modelos contrapuestos o dos instrumentos distintos.

En efecto, existe un vínculo complementario para garantizar los derechos de la persona, al pronunciarse o resolver por el estricto respeto al principio de legalidad; así como también, para que los ciudadanos se puedan defender, cuando sus derechos son vulnerados por los comportamientos arbitrarios o por abusos de los funcionarios públicos o de particulares, siempre que en cada caso concreto exista conexidad entre aquél y el derecho fundamental de la libertad personal o individual, su afectación debe quedar completamente evidenciada al crear un menoscabo o perjuicio a este derecho fundamental. El proceso constitucional, presenta cierta distancia con el resto de normas procesales, al sostener que el Tribunal Constitucional es el intérprete de la Constitución cuando responde a una concreta controversia constitucional, por haberse vulnerado una garantía o derecho fundamental contra la libertad o lo conexo a ella.

El constitucionalista argentino Néstor Pedro Sagüés, al respecto sostiene como una pieza clave del Estado de Derecho, es al hábeas corpus, considerándolo como el “gran mandamiento de las libertades”, tanto la

corporal, como las otras libertades conexas a ella, tales como: el internamiento en nosocomios contra la voluntad de la persona, traslados de internos, detenciones arbitrarias decretadas por jueces, protección a la vida, salud y a la integridad física de personas detenidas o retenciones de enfermos en centro de salud por no pagar gastos, etc.,

Además, en diversas sentencias, señalan que los jueces, ciudadanos y abogados lleven adelante un manejo leal de este proceso constitucional, como lo señala el Código Procesal Constitucional

(...)El hábeas corpus, en otras palabras, es una suerte de garantía fundante, en el sentido de que posibilita, merced la obtención de la libertad corporal, la práctica de las restantes libertades humanas. (...) Por supuesto, el panegírico del hábeas corpus no debe traspapelar los necesarios ajustes que tienen que acompañarlo. Al respecto puede decirse que el éxito de este instituto depende tanto de su eficacia intrínseca, signado por la energía que debe matizarlo en su aplicación, como del manejo leal que de él se haga por ciudadanos, abogados y jueces. Es un instrumento para la libertad, no para eludir procesos legales y legítimos. Requiere, por ende, tanta valentía como honestidad entre quienes son sus protagonistas. (...): sería farisaico, sin dudas, pregonar las virtudes del hábeas corpus, si al mismo tiempo no se aseguraran jurídicamente los demás derechos sociales que atañen a la persona, y que podrían resumirse, quizás, en la expresión “derecho a la dignidad humana”²⁰⁸.

En otra sentencia.- *“Tampoco puede permitirse que los actores de la justicia penal ordinaria pretendan el análisis constitucional mediante el hábeas corpus de toda resolución judicial que no resulte conveniente a sus intereses, aduciéndose con tal propósito que como en el proceso penal que se les sigue se ha dictado una medida restrictiva de la libertad en su contra procede el hábeas corpus contra todo pronunciamiento judicial, apreciación que resulta incorrecta puesto que el hábeas corpus contra resoluciones judiciales solo se habilita de manera excepcional cuando la resolución judicial que se cuestiona incide de manera directa y negativa en el derecho a la libertad personal.”*²⁰⁹

²⁰⁸ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional*, T. IV, *Hábeas Corpus*, Astrea, Buenos Aires, 1992, “Prólogo”, p. VIII.

²⁰⁹ *Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 01383 – 2008 – PHC/TC, Piura, el 25 de mayo de 2009, 3ra parte del considerando 8, publicado en la página web del Tribunal Constitucional.*

En las sentencias antes referidas verificamos también el pronunciamiento del Tribunal constitucional, respecto al uso y abuso del proceso de Hábeas Corpus, como instrumento para proteger la libertad personal, precisando en modo alguno que el éxito del mismo se puede conseguir, mediante la deslealtad de parte de ciudadanos, abogados y jueces que pretendan darle una connotación completamente distinta, como el tratar de eludir una privación o restricción a su libertad ordenada legalmente. Asimismo, no es factible aceptar que recurriendo a este proceso, se pretenda perseguir que el juez constitucional emita pronunciamiento sobre el fondo de una controversia judicial, porque ello es competencia exclusiva del órgano jurisdiccional, pues como hemos observado la justicia constitucional interviene cuando se han vulnerado derechos fundamentales que atenten contra la libertad, en virtud de una resolución judicial, luego de haberse dado cumplimiento a una serie de procedimientos o situaciones que han sido plenamente establecidas en las sentencias antes mencionadas.

El Tribunal Constitucional: *“Se produce la sustracción de la materia y la imposibilidad de que el proceso de Hábeas Corpus cumpla con su finalidad restitutoria, si la detención que sufre el recurrente es dispuesta y notificada por un juez penal, cuando antes de ello dicha detención fue arbitraria. Ello no obsta a que el Tribunal constate la detención arbitraria, porque se considera que es imperativo y consustancial para el pleno y adecuado ejercicio de la función jurisdiccional, por un lado y, por otro, a la protección plena del derecho a la tutela jurisdiccional”²¹⁰.*

En esta sentencia dictada por el Tribunal Constitucional se pronuncia en los casos en los cuales, luego de interpuesto el proceso constitucional de hábeas corpus se deja sin efecto la privación de libertad o cesa la amenaza que pesaba en contra de quien interpuso éste, ello motiva que se sostenga que se ha producido la sustracción de la materia, es decir, que ya no procede emitir un fallo, debido a que la violación al derecho fundamental de la libertad o lo conexo a ella ya concluyó. Pero, al acreditar que la detención fue arbitraria, emitan un fallo definitivo respecto al abuso cometido; es más, se pronuncian para que se denuncie a la autoridad que dictó dicha medida.

²¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 1364-2000-HC/TC, del 19 marzo de 2001, en *Actualidad Jurídica*, T. 90, mayo, Lima, 2001, p. 142.

Podemos sostener que este proceso constitucional de hábeas corpus se encuentra regulado por los siguientes principios:

i) *Agilidad*, en tanto es un procedimiento judicial sumario y rápido.

ii) *Carencia de formalismos*, esto significa que lo puede ejercitar cualquier persona y no se requiere la intervención de abogado, para interponer dicho proceso constitucional en salvaguarda del derecho fundamental violado, ni mucho menos que tenga que ser por escrito ni se recurre a específicas formalidades o requisitos para interponerlo.

iii) *Generalidad*, ninguna autoridad o particular puede sustraerse al control judicial de la legalidad, ante la detención o amenaza en contra de la libertad de una persona, por ser un derecho fundamental que debe ser respetado; y solamente procede disponer su privación o restricción cuando concurren los presupuestos señalados en la Constitución Política o en las normas procesales.

iv) *Universalidad*, este procedimiento, no sólo alcanza a los supuestos de detención ilegal, sino también a las privaciones de libertad que, ajustándose originariamente a la legalidad, se mantienen o prolongan ilegalmente o tienen lugar en condiciones ilegales.

Dada la importancia de la libertad personal y lo conexo a ella cuyo espectro se ha extendido a otros derechos consustanciales como el debido proceso y violación de domicilio, es que la Constitución decidió singularizar su protección a favor del ciudadano, disponiendo un procedimiento más preferente y sumario, es decir, lo suficientemente rápido y sencillo para conseguir la inmediata verificación de la violación constitucional, relacionada con los derechos fundamentales, para ser accesible a todas las personas y a su vez permitir la intervención sin complicaciones del órgano jurisdiccional. Rapidez y sencillez son los objetivos que se persigue a través del cual el juez verificará la ilegalidad de la privación de libertad y al ser comprobada ésta vulneración debe ser puesto en inmediata libertad. Se ampara la libertad física o corporal de la persona al proteger su facultad de autodeterminar su situación en el espacio o no estar obligado a permanecer en un lugar o al estado anterior a su vulneración – debido proceso –.

III. 3.- ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL HÁBEAS CORPUS.

El proceso constitucional de hábeas corpus protege no solamente cuando se priva de libertad individual, sino también ante la amenaza que se produce en contra de ella, para lo cual el Tribunal Constitucional en una sentencia ha establecido, determinados requisitos para considerar que este derecho se encuentra amenazado: *“(…) Para verificar si tales derechos son amenazados, se debe comprobar: a) la inminencia del acto vulnerado; es decir, que se configure un atentado a la libertad personal ue esté por suceder prontamente o en vías de ejecución, no entendiéndose como tal a los simples actos preparatorios, y b) la certeza del acto vulnerado; es decir, que exista un conocimiento seguro y claro de la amenaza a la libertad, dejando de lado las conjeturas presunciones”*²¹¹

De tal manera, que no se trata de cualquier tipo de amenaza que pueda ser admitida como vulneración al derecho fundamental de la libertad, en esta sentencia se establece dos presupuestos o requisitos que deben ser tomados en cuenta, esto es la certeza que consiste en dejar de lado las conjeturas o presunciones y la valoración que se debe efectuar sobre el conocimiento que se debe tener respecto, a la pérdida de libertad. En tanto, a lo que se considera como inminencia en la ejecución de la pérdida de libertad, ello significa que éste debe realizarse a la brevedad, motivo por el cual vulnera dicho derecho fundamental. Es decir, el juez constitucional de acuerdo a esta sentencia, no se debe limitar única y exclusivamente a que el accionante sostenga que su libertad es amenazada por tal o cual funcionario o particular, sino que esta sentencia instruye, que es lo que se debe tener en cuenta para considerar como amenaza en contra de la libertad de una persona.

El Tribunal Constitucional, no procede para proteger la propiedad: *“Para acreditar el derecho que tiene sobre la propiedad (que dice se le está violando), se hace necesario actuar pruebas en la correspondiente estación probatoria, la que no existe en los procesos de acciones de garantía, pero sí en el proceso judicial”*²¹².

²¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 9095 – 2006 – PHC/TC – Cañete, publicado en la Revista *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 104, p, 68

²¹² PIZARRO GUERRERO, Miguel, *Jurisprudencia Constitucional de Hábeas Corpus*, Grijley, Lima, 2003, p. 33.

En otras sentencias, el Tribunal Constitucional se pronuncia respecto a la limitación o restricción a la libertad: *“(...) procede en aquellos supuestos en los cuales el derecho a la libertad personal no es afectado totalmente, sino que existe una restricción meno en la libertad física de la persona, como en los casos en los que se limita de manera ilegal el acceso a la circulación de la persona respecto a determinados lugares o vías públicas, se realiza seguimiento perturbatorios o vigilancia domiciliarias carentes de sustento legal, entre otros supuestos (...)”*²¹³.

El proceso constitucional de hábeas corpus también protege la libertad de tránsito de las personas, a fin de que puedan trasladarse de un lugar a otro, sin ninguna restricción por parte de las autoridades y de los particulares (...) *“Se emplea cuando la libertad física o locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio”*²¹⁴.

*“(...) en la que se alegue la vulneración del derecho a la libertad de tránsito a través de una servidumbre de paso exige previamente la acreditación de la validez legal y de la existencia de la servidumbre. De lo contrario, en caso de que la alegada vulneración de la libertad de tránsito exija la determinación de aspectos de mera legalidad que no sean objeto del proceso de hábeas corpus, la demanda deberá ser declarada improcedente”*²¹⁵.

También se extiende el ámbito de protección a la tutela del debido proceso conexo a la libertad individual, tales como: *“(...) Si bien el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso (...) habida cuenta que se han establecido judicialmente restricciones al pleno ejercicio de la libertad locomotora, tras la imposición de la medida cautelar de detención preventiva, el Tribunal Constitucional tiene competencia, ratione materiae, para evaluar la legitimidad constitucional de los actos judiciales considerados lesivos (...)”*²¹⁶.

Y se corrobora en otra sentencia: *“(...) No cualquier reclamo que alegue a priori afectación de los derechos conexos a la libertad individual puede franquear*

²¹³ Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 01241 – 2010 – PH/TC, 4 de junio de 2010, Ucayali, publicada en la página web del Tribunal Constitucional.

²¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional en el exp. N° 2663 – 2003 – HC/TC, fundamento 6, op cit.

²¹⁵ Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el exp. N° 04572 – 2009. PHC/TC. Fundamento 6, publicado en la página web del Tribunal Constitucional.

²¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional en el exp. N° 03547 – 2009 – PHC/TC, op cit., fundamento 3), publicado en la página web del Tribunal Constitucional.

una demanda de hábeas corpus, pues para ello se requiere prima facie que se cumpla con el requisito de la conexidad. Este requisito comporta que el reclamo alegado esté siempre vinculado a la libertad individual (...) ²¹⁷.

La naturaleza del hábeas corpus para la protección a la libertad personal o individual, como derecho fundamental, faculta no solamente a quien ha sido agraviado con la amenaza de la violación o que se haya ejecutado ésta, para que se interponga este proceso constitucional, sino que lo puede hacer cualquier persona, sin estar facultado para hacerlo, dada la naturaleza de los derechos afectados - libertad -, y que lógicamente es necesario que se actúe de manera urgente, a fin de que esta violación cese y se vuelva a su estado anterior, en cuanto se demuestre que en verdad se ha vulnerado este derecho; lo que no sucede en otros procesos constitucionales, en los cuales se requiere legitimidad para interponerlo, a fin de que ejerza en nombre de terceros.

Consideramos hacer mención de una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional al explicitar los derechos tutelados, sosteniendo: *“En cuanto a la protección de la libertad en sentido lato mediante proceso de hábeas corpus, la facultad de locomoción o desplazamiento espacial no se ve afectada únicamente cuando una persona es privada arbitrariamente de su libertad física, sino que también se produce cuando se presentan circunstancias tales como la restricción, la alteración o alguna forma de amenaza al ejercicio del referido derecho; asimismo, cuando a pesar de existir fundamentos legales para la privación de libertad esta se ve agravada ilegítimamente en su forma o condición, o cuando se produce una desaparición forzada, etc.*

Una forma de molestia a la libertad individual pasible de protección mediante proceso de hábeas corpus lo constituyen los actos de indebido registro y seguimiento.” ²¹⁸.

En el artículo 25 del Código Procesal Constitucional se precisan los derechos que son objeto de protección mediante Hábeas Corpus y en su última parte como una norma abierta señala que también procede en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual,

²¹⁷ Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 05347- 2009. HHC/TC, op. cit.

²¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 06936 – 2005 – HC/TC; f.j.3; de fecha 08 de noviembre de 2006.

debido proceso y la inviolabilidad de domicilio. Es decir, señala de manera enunciativa y no taxativa, el catálogo de derechos que conforman la libertad individual, así como los conexos con ella, no regula una lista de derechos fundamentales número clausus sino números apertus. El Tribunal Constitucional ha establecido en reiteradas sentencias que la desestimación liminar de las acciones de garantía no es facultad absoluta ni discrecional de la judicatura constitucional, sino que es una alternativa a la que se debe acudir cuando no exista duda respecto a la configuración de las causales de improcedencia.

Pero, tal como lo manifestamos anteriormente, el Tribunal Constitucional en algunas oportunidades ha resuelto vulneraciones a los derechos fundamentales que se desprenden del auto apertorio de instrucción, sin embargo, señalan que no cualquier reclamo que alegue la presunta afectación del derecho a la libertad individual o derechos conexos puede reputarse efectivamente como tal y merecer tutela mediante el hábeas corpus, en una sentencia exponen lo siguiente: *“12. Ahora, si bien en varias oportunidades este Tribunal ha emitido pronunciamientos estimatorios respecto al cuestionamiento del auto apertorio de instrucción en los cuales no se había señalado de manera específica la modalidad delictiva (STC N° 3390 – 2005 – PHC, caso Toledo Manrique; STC N° 9727 – 2005 – PHC, caso Ramírez Miranda; STC 9544 – 2006 – PHC, caso Peñaranda Castañeda; STC N° 9811 – 2006 – PHC, caso Horque Ferro; STC N° 0214 – 2007 – PHC, caso Huaco Velásquez; STC N° 1132 – 2007 – PHC, caso Berckemeyer Prado); ello no obliga a que este Colegiado en todos los casos tenga que pronunciarse en el mismo sentido, pues es evidente que pueden presentarse diversos casos en los que una circunstancia de esta naturaleza por se no resulta vulneratoria de derechos fundamentales; tal sería el caso de que, pese a no haberse señalado de manera específica la modalidad delictiva en la que habría incurrido el imputado, (...)”*²¹⁹.

3).(…) *“[S]e debe admitir que dentro de un proceso constitucional de Hábeas Corpus también es posible que el juez constitucional se pronuncie sobre una eventual vulneración del derecho fundamental al debido proceso; pero para ello es*

²¹⁹ Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 01924 – 2008 – HC/TC, Lambayeque, 3 de octubre de 2008, publicado en la página web del Tribunal Constitucional.

*necesario que exista, en cada caso concreto, conexidad entre aquel y el derecho fundamental a la libertad personal*²²⁰ .

Otra sentencia: *“El hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto al debido proceso, el derecho al debido proceso y su tutela procede en caso de que la afectación se derive un agravio a la libertad personal*²²¹ .

Otra sentencia: *“(Q)uien sin pertenecer a nuestro Estado, pretende ingresar, transitar o salir libremente de su territorio, se expone a ser expulsado bajo las consideraciones jurídicas que impone la Ley de extranjería. La justificación de dicho proceder se sustenta en que si bien los derechos fundamentales son reconocidos a título universal, cuando se trata de aquellos cuyo ámbito de ejecución trastoca principios esenciales como la soberanía del Estado o la protección de sus nacionales, el ordenamiento jurídico, obre la base de una equilibrada ponderación, suele hacer distinciones entre quienes forman parte del Estado y aquellos otros que carecen de tal vínculo*²²² .

Como verificamos en las diversas sentencias que ha dictado el Tribunal Constitucional respecto al ámbito de protección, en cuanto se trate de derechos fundamentales que atenten contra a libertad personal o individual o lo conexo a ella, inclusive en el vulneración al debido proceso, pero haciendo la precisión que tiene que existir conexidad o estrecha relación con la amenaza a violación a la libertad de la persona que recurre a este proceso constitucional; asimismo, la libertad de tránsito tiene que ser respetada, desde el momento en que ninguna persona está facultada a ingresar a nuestro territorio, sino observa las reglas señaladas en la Ley de Extranjería, haciendo la salvedad de verificar una equilibrada ponderación, entre quienes forman parte del Estado y otros que no tienen tal vinculación.

En una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, respecto al derecho fundamental del debido proceso, en el punto 2, señala: *“goza de una doble protección en lo que se refiere a los procesos constitucionales. En efecto, por*

²²⁰ Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 04309 – 2008 – PHC/TC; publicada en la página web del Tribunal Constitucional.

²²¹ Sentencia en el exp. N° 1230 – 2002 HC/TC, fundamento 2, referido en el Exp. N° 05557 – 2009 PHC/TC, Lima, 5 de marzo 2010, publicado página web TC.

²²² Sentencia en el Exp. N° 00733 – 2010 – HC/TC, fundamento 8, publicada en la página web del Tribunal Constitucional.

un lado, es pasible de ser tutelado a través del proceso constitucional de amparo, pero también a traves del proceso constitucional de hábeas corpus. En el primer caso, es decir en el proceso de amparo, la tutela efectiva no exige necesariamente conexión con otra derecho fundamental a efetos de su protección, en el sentido de que el artículo 37º, inciso 16 del Código Procesal Constitucional. En el segundo, por el contrario, el derecho fundamental a la tutela procesal efectiva precisa de su vinculación con el derecho fundamental a la libertad personal, en cuyo caso, el hábeas corpus, tal como lo dispone el artículo 25º, inciso 17, del Código Procesal Constitucional, es el proceso constitucional para su protección”²²³.

Esta sentencia reitera que de acuerdo al dispositivo legal antes invocado se ha acogido una concepción amplia del poceso constitucional de hábeas corpus, para lo cual es necesario que exista conexidad con el derecho fundamental de la libertad personal, (Exp. N° 3390 – 2005 – HC/TC, fj. 5), concordándolo con lo previsto en los artículo II y III del Código Procesal Constitucional, atendiendo al principio de supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales; y, el de economía procesal, como el que motiva esta sentencia referida al control constitucional de actos de investigación prejurisdiccional del Ministerio Público; vacío legal que le corresponde definir al Tribunal Constitucional, facultad prevista en el artículo 200º, inciso 1 de la Constitución y en el principio de la interdicción de la arbitrariedad, el cual es un principio y una garantía (Exp. N° 06167 – 2005 – PHC/TC).

En la misma sentencia, en el pnto 18, señala: *“Por este principio de jeraquía no puede llevar anular la autonomía del Fiscalía de menor jerarquía en el ejercicio de sus atribuciones. (...) no puede implicar, de ninguna manera, que los Fiscales de menor jerarquía se conviertan en una suerte de “mesa de partes” de sus superiores, como ha ocurrido en el presente caso, dado que el fisacal emplazado se limitó a dar trámite a lo ordenado por la Fiscal de la Nación, sin realizar, por si mismo, ningún acto de investigación”²²⁴.*

²²³ Exp N° 6204 – 2006 – PHC/TC, Loreto, 9 de agosto de 2006, publicado en la página web del Tribunal Constitucional.

²²⁴ Exp N° 6204 – 2006 – PHC/TC, Loreto, 9 de agosto de 2006, publicado en la página web del Tribunal Constitucional.

III. 4.- TIPOS DE HÁBEAS CORPUS

Los tipos de hábeas corpus, tal como lo señala Susana Castañeda Otsu:

*i) **Reparador.** Lo que se persigue frente a una detención arbitraria o ilegal es reponer las cosas al estado anterior de la violación, lo cual se obtiene con la libertad de la persona.*

*ii) **Preventivo.** Para ello se requiere que la amenaza sea cierta y de inminente realización, que se manifieste con actos o palabras que no dejan duda alguna de su ejecución o propósito.*

*iii) **Restringido.** Su finalidad es evitar perturbaciones o molestias menores a la libertad individual que no configuren una detención o prisión. En nuestro medio sería adecuado para frenar reiteradas citaciones policiales para esclarecimientos de hechos, especialmente de personas que han estado en prisión.*

*iv) **Traslativo.** Se busca proteger la libertad de los procesados o condenados, que conforme a las normas del proceso penal deban encontrarse en libertad, pero siguen en cárcel o en otro centro de detención. (...), si se produjese mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso o la tutela judicial.*

*v) **Correctivo.** Procede contra los actos lesivos a la integridad personal, integridad que debe entenderse en los planos físico, psicológico y moral. Bajo esta perspectiva no se trata de obtener la libertad de la persona, sino que cesen los maltratos, estado de incomunicación, las condiciones de detención, de reclusión, inclusive de hospitalización que puedan considerarse inhumanas, humillantes.*

*vi) **Instructivo.** Este mecanismo procesal tiene como finalidad, no solamente la libertad y la integridad personales, sino también prevenir la desaparición o indeterminación del lugar de detención y, en última instancia, asegurar el derecho a la vida de las personas que son víctimas de actos arbitrarios por las autoridades.*

*vii) **Innovativo.** El Tribunal Constitucional, a partir de la doctrina, incorpora este tipo de hábeas corpus. Así, según Domingo García Belaunde, debe interponerse contra la amenaza y la violación de la libertad individual, aun cuando éste ya hubiera sido consumado, opinión que también comparte César Landa Arroyo, siempre que el afectado no vea restringida a su libertad y derechos conexos²²⁵.*

Respecto a éste último tipo de Hábeas Corpus, cabe aclarar que el juez no está facultado a emitir un pronunciamiento, cuando ya cesó la amenaza o

²²⁵ CASTAÑEDA OTSU, Susana Inés, *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus*, 2ª ed., Jurista Editores, 2004, T. II, pp. 614 y ss.

violación de la garantía constitucional relacionada con la libertad personal de quien ha recurrido a esta acción de garantía -al producirse la sustracción de la materia-, pero se precisa, si el Tribunal constata que la detención es arbitraria, debe pronunciarse sobre este particular, de acuerdo lo que señala el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, (...) *si luego de presentada la demanda cesa la agresión o la amenaza o si ella deviene en irreparable, el juez atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda.* Para tal efecto, debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 419 del Código penal: *“El Juez que, maliciosamente o sin motivo legal, ordena la detención de una persona o no otorga la libertad a un detenido o preso, que debió decretar, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.”*

Pero, en los casos en las que la privación de libertad haya sido decretada por una autoridad, no es impedimento para que el Juez Constitucional se pronuncie o concluya que al ejecutarse ésta, se incurrió en la violación de un derecho fundamental, por tratarse de un principio válido en si mismo; y al recurrir a este proceso constitucional, es para que contribuya a garantizar que la justicia se debe ejercitar de conformidad con el derecho vigente, razón por la cual se debe disponer que se apliquen las medidas pertinentes a quien dispuso indebidamente la privación de libertad de una persona, sin respetar las normas constitucionales, procesales o sustantivas, como viene sucediendo en la actualidad e inclusive por algunos miembros del órgano jurisdiccional, al decretarla sin la concurrencia conjunta de los presupuestos procesales que la legitiman y por ser una medida provisional no puede ser arbitraria, lo que significa que su permanencia o modificación, a lo largo del proceso, estará siempre subordinado a la estabilidad o cambio de los razones que posibilitaron su adopción inicial.

III. 5.- POCEDENCIA DE PROCESO CONSTITUCIONAL DE HÁBEAS CORPUS A RAÍZ DE RESOLUCIONES JUDICIALES.

Sentencia del Tribunal Constitucional: “6-8). *CONTROL MATERIAL DE RESOLUCIONES JUDICIALES* a) *Canon interpretativo para analizar la constitucionalidad de resoluciones judiciales ordinarias [C]abe recurrir al examen para el control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias el cual, si bien ha sido referido por este Tribunal en el caso de los procesos de amparo contra resoluciones judiciales (como ocurre en el supuesto de la sentencia recaída en el Expediente N° 03179 – 2004 – AA/TC) también resulta aplicable en el caso de procesos constitucionales de hábeas corpus, donde se precisa el objeto y la medida de la revisión del fondo y la forma del fallo judicial ordinario.*

Dicho canon interpretativo, al igual que en el caso de los procesos de amparo contra resoluciones judiciales, está compuesto, en primer lugar, por un examen de razonabilidad; en segundo lugar, por el examen de coherencia; y, finalmente por el examen de suficiencia. a) Examen de coherencia o racionalidad.- El examen de coherencia exige que el Tribunal Constitucional precise si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente con el proceso o la decisión judicial que se impugna; de lo contrario no estaría plenamente justificado el hecho de que el Tribunal efectúe una revisión total del proceso ordinario, si tal revisión no guarda relación alguna con el acto vulneratorio.

b) Examen de suficiencia.- Mediante el examen de suficiencia, el Tribunal Constitucional debe determinar la intensidad del control constitucional que sea necesaria para llegar a precisar el límite de la revisión del proceso judicial ordinario, a fin de cautelar el derecho fundamental demandado.

De tal manera, el examen constitucional sobre el proceso judicial no solo hace justiciables los actos objetos de controversia, sino también la aplicación de una norma legal, en tanto causa de la lesión judicial in iudicando o in procedendo. En el primer supuesto, para examinar si constitucionalmente existe una falsa o errónea aplicación o interpretación de la ley al caso concreto y, en el segundo supuesto, para verificar constitucionalmente si se han producido vicios adjetivos de procedimiento que afecten un derecho fundamental. No es lo mismo examinar judicialmente los hechos lesivos que sostienen una demanda, que limitarse a enjuiciar si fue correcto o no el entendimiento de la ley por el juez”²²⁶.

²²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional en el STC 00728 – 2008 – PHC /TC fj. 10., publicado en la página web del Tribunal

De acuerdo a lo expuesto y a las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, verificamos que este proceso constitucional procede contra todo acto o conducta de una autoridad o de particulares, aun cuando se ampare en la ley (irregularmente), y que de manera actual e inminente, lesionen, restrinjan, alteren o amenacen ilegal o arbitrariamente los derechos humanos, relacionados con la libertad, la vida o integridad física de las personas, siempre y cuando no existan otros recursos judiciales o administrativos que faculden conseguir el cese de estas violaciones o que existiendo no fueren manifiestamente idóneos para proteger de manera inmediata estos derechos. Interpuesto este proceso constitucional no puede, ni debe ser rechazada de plano o liminarmente, sino, todo lo contrario, se debe disponer que sea admitida a trámite a fin de corroborar o desvirtuar su vulneración, cuando el individuo se encuentra en una posición de inferioridad frente a los poderes públicos motiva que se tenga que recurrir al hábeas corpus.

Las precisiones y fundamentos que esgrime el Tribunal en los casos en los cuales no asumen competencia, es que muchas veces se recurre a este proceso constitucional con la finalidad de que el juez constitucional asuma facultades que se encuentran reservadas única y exclusivamente a los miembros del Poder Judicial, al pretender un reexamen o revaloración de los medios probatorios que se hayan actuado en un proceso penal, sosteniendo que el fundamento esgrimido por el demandante, no está referido al contenido constitucional del derecho tutelado por el hábeas corpus; no basta sostener, sin acreditar la alegación de que se afecta el derecho a la libertad personal o derechos conexos, a fin de que se puedan considerar como tales y por lo tanto merecer tutela constitucional, aduciendo que los integrantes del órgano jurisdiccional no han valorado adecuadamente las pruebas actuadas en el curso del proceso penal, es decir, a su criterio no se han contrastado las pruebas de cargo y descargo, petición que en modo alguno puede ser objeto de un proceso constitucional de hábeas corpus.

Sentencia del Tribunal Constitucional: « *[N]o es función del juez constitucional proceder a la subsunción de la conducta en un determinado tipo*

*penal; a la calificación específica del tipo penal imputado; a la resolución de los medios técnicos de defensa; a la realización de diligencias o actos de investigación; a efectuar el reexamen o revaloración de los medios probatorios, así como al establecimiento de la inocencia o responsabilidad penal del procesado, pues, como es evidente, ello es tarea exclusiva del juez ordinario que escapa a la competencia del juez constitucional; por tanto lo pretendido resulta manifiestamente incompatible con la naturaleza de este proceso constitucional de Hábeas Corpus*²²⁷.

Toda persona que se sienta agraviada con la violación o amenaza de sus derechos fundamentales – inclusive de resoluciones dictadas por el órgano jurisdiccional –, tiene como última esperanza para conseguir el cese de estas, recurriendo al proceso constitucional de Hábeas Corpus. Pero, lamentablemente, muchas veces ni siquiera es admitida a trámite por algunos jueces, quienes la rechazan liminarmente, más aún, si la violación constitucional que la motiva ha sido originada por algún integrante del Poder Judicial o Ministerio Público, procediendo, sin más trámite a declararlas inadmisibles o improcedentes ante la amenaza de ser denunciados por delito de prevaricato por algunos políticos o congresistas – ya conocidos –, que recurren a diversos medios de comunicación a fin de ejercer una mayor presión pública, denunciando supuestas inconductas de parte de los jueces que deben resolver situaciones, que tienen un trasfondo político.

En la práctica judicial, podemos observar que muchas veces, por razones subalternas, políticas o coyunturales se magnifican los supuestos hechos delictivos cometidos por algunos imputados o cuando se trata de delitos que no revisten la gravedad que se les asigna o sin la existencia de pruebas, pese a que son conocedores que se están violando los derechos fundamentales; aduciendo como pretexto que las sentencias o resoluciones que pretendan absolver o disponer la libertad de un procesado que se encuentra detenido, al finalizar o al inicio del proceso, respectivamente, sostienen públicamente que de ejecutarse, constituyen una ofensa a la sociedad o la salud del pueblo, opiniones que realizan sin conocer el contenido de las resoluciones, sino que sus motivaciones son subalternas.

²²⁷ *Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 02787 – 2008 – PHC/TC. Madre de Dios, el 18 de diciembre de 2008, publicado en la página web del Tribunal.*

III. 6.- RECHAZO LIMINAR DE HÁBEAS CORPUS.

A nombre de Abimael Guzmán Reynoso y su pareja, Elena Iparraguirre, se interpuso un hábeas corpus, alegando que éste se encontraba delicado de salud, originado por el régimen carcelario, violándose sus derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional, hizo la precisión que la demanda no ha debido ser rechazada liminarmente, disponiendo que se tramite.

Transcribimos gran parte de esta sentencia, por considerarla ilustrativa: *“(…) Que el argumento del rechazo in limine de la presente acción de garantía se sustenta en considerar que los hechos cuestionados conciernen a la ejecución de la condena judicial dictada, emitida por jurisdicción militar en proceso de competencia de la misma, precisando que la jurisdicción constitucional no está concebida para revisar aspectos que atañen a un proceso regular, por lo que las anomalías de éste deben resolverse dentro del mismo proceso (…). Que, sin embargo, el objeto del presente proceso constitucional es que la autoridad jurisdiccional disponga que «cese el estado de incomunicación, aislamiento absoluto y perpetuo y sometimiento a condiciones de reclusión inhumanas, humillantes y degradantes, incompatibles con la persona humana», a las cuales estarían sometidos los beneficiarios. En tal sentido, no se cuestiona, como erróneamente se ha entendido en las instancias del Poder Judicial, la Sentencia condenatoria de los beneficiarios, sino las condiciones de reclusión bajo las que se encuentran. Por consiguiente, dado que la presente controversia no se plantea respecto a la regularidad o no del proceso en el que se expidió la citada sentencia, no es de aplicación lo previsto por el inciso 2) del artículo 6º de la Ley Nº 23506, no procediendo el rechazo in limine de la presente demanda; correspondiendo a este Tribunal Constitucional aplicar lo previsto por el segundo párrafo del artículo 42º de su Ley Orgánica, Nº 26435 (…). Que siendo el objeto del presente proceso constitucional que el órgano jurisdiccional disponga que «cesen las condiciones de reclusión ya expuestas» (fojas treinta y tres vuelta), se está ante la pretensión del denominado «hábeas corpus correctivo», que procede ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas que se hallan reclusas en establecimientos penales e incluso de personas que, bajo una especial relación de sujeción, se encuentran internadas en establecimientos de tratamiento, públicos o privados. Así queda en claro que, aún cuando el artículo 12º de la Ley Nº 23506 no comprende como derechos susceptibles de ser protegidos los antes mencionados, ello no implica que se les deniegue protección, dado que el citado artículo tiene sólo*

carácter «enunciativo», con lo cual se debe entender que otros derechos que no estén comprendidos en el mismo, pero que tengan relación directa con el derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas privadas de su libertad o internadas, pueden ser protegidos a través del presente proceso constitucional. Por lo tanto, para el Tribunal Constitucional queda claramente establecido como principio de observancia obligatoria para jueces y tribunales, de conformidad con la Primera Disposición General de nuestra Ley Orgánica, que este tipo de hábeas corpus correctivo opera en todo ámbito, ya sea cuando la reclusión se cumpla en un establecimiento penitenciario común o en un penal militar, o el internamiento se efectúe en un establecimiento público o privado (...) aunque la privación de la libertad como consecuencia de una sentencia condenatoria no constituye una detención indebida, es indispensable en estos supuestos de hábeas corpus correctivo que el juez, al admitir la demanda, efectúe una investigación sumaria, con el único propósito de constatar in situ las condiciones de reclusión de los beneficiarios y tomar su declaración, así como de la autoridad emplazada para mejor resolver. En consecuencia, como principio de observancia obligatoria para jueces y tribunales, de conformidad con la Primera Disposición General de nuestra Ley Orgánica, debe considerarse que, ante la interposición de hábeas corpus del tipo correctivo, es necesario que el órgano jurisdiccional actúe la citada diligencia”²²⁸.

Sentencia, exp. N° 842 – 2001 – HC/TC: “Que en el caso de autos, al rechazarse liminarmente la acción de hábeas corpus interpuesta, fuera de los supuestos establecidos expresamente por la ley de la materia, se produce un quebrantamiento de forma en la tramitación del proceso, en los términos que establece el artículo 42 de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por lo que debe procederse conforme a dicho artículo”²²⁹.

Sentencia en Exp. N° 1040 – 2001 – HC/TC: “Las acciones de garantía constituyen instrumentos procesales de defensa contra los ataques directos, concretos y contundentes de los derechos constitucionales; y, en el caso de amenaza de violación de estos derechos, debe existir inminencia y certeza de la realización de la agresión”²³⁰.

²²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 590 – 2001 – HC/TC (Abimael Guzmán y otra).

²²⁹ PIZARRO GUERRERO, *Jurisprudencia Constitucional de Hábeas Corpus*, cit., p. 24.

²³⁰ PIZARRO GUERRERO, *Jurisprudencia Constitucional de Hábeas Corpus*, cit., p. 35.

Sentencia del Tribunal Constitucional, “(...) Que la desestimación liminar de las acciones no es facultad absolutamente discrecional de la judicatura constitucional, sino que constituye una alternativa a la que se debe acudir cuando no exista duda respecto a la configuración de las causales de improcedencia previstas en los artículo 6º y 37º de la Ley Nº 23506; empero, si el caso presentado admite una razonable necesidad de discusión del asunto en cuestión, la desestimación no resulta pertinente (...), el mismo debe ser reparado en sede judicial, para resolver posteriormente respecto del problema de fondo planteado”²³¹.

Rolla, manifiesta: (...) a) Al considerar la naturaleza de los derechos justiciables ante el Tribunal Constitucional, se puede distinguir entre instrumentos de garantía general o sectorial. La experiencia más extendida y significativa del segundo tipo lo constituye la institución del habeas corpus, la cual consiente impugnar cualquier determinación arbitraria e ilegal de los poderes públicos susceptibles de incidir en la libertad personal, así como de circulación y estancia. (...) b) En otros casos, a su vez, las instituciones de tutela jurisdiccional se toman en consideración sobre la base de los sujetos, accionándose el recurso en las relaciones entre éstos. Se pueden distinguir, particularmente, tras ordenamientos que admiten el recurso sólo en las relaciones de los poderes públicos, y ordenamientos que permiten recurrir también contra los privados²³².

Con las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, verificamos que se introduce un nexo entre la Constitución y la garantía de los derechos fundamentales, surgiendo entre ambos, la presencia del juez constitucional, quien debe garantizar el cumplimiento de estos principios, afirmando la necesidad de hacer efectiva las limitaciones que el derecho impone al poder estatal o terceros, como un órgano jurisdiccional independiente y contribuye a mejorar la protección eficaz a los derechos fundamentales de las personas, violados por las autoridades y particulares; de tal manera que rechazar liminarmente una demanda de hábeas corpus, en los casos en los que en verdad se han vulnerado los derechos fundamentales, por autoridad judicial, sino por cualquier otra no es aceptable.

²³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. Nº 427 – 2000 – HC/TC, del 06 de agosto de 2000 (en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Nº 28, Lima, 2001, p. 126).

²³² ROLLA, “Derechos fundamentales y Estado democrático: El papel de la justicia constitucional”, cit., p. 24.

III. 7.- PROCEDIMIENTO PENAL.

El Tribunal Constitucional, ha resuelto que las violaciones de normas procesales por los encargados de administrar justicia en materia penal se presenta cuando en un procedimiento regular, en algunas oportunidades se convierte en irregular, por lo que el imputado tiene que recurrir a un proceso constitucional de hábeas corpus al comprobar la violación de las garantías constitucionales referidas a los derechos fundamentales como la libertad o lo conexo a ella, a fin de que en una sentencia se disponga se deje sin efecto la indebida o arbitraria detención decretada en contra de un procesado, subsanando la vulneración que ha sido quebrantada y disponiendo que se tomen las medidas pertinentes a fin de asegurar la concurrencia en el juicio penal que se le sigue a quien recurrió al hábeas corpus, sin emitir pronunciamiento sobre el fondo del proceso penal.

En el Código Procesal Constitucional, se precisa que estos derechos son vulnerados en un proceso judicial, cuando se niega: el acceso al órgano jurisdiccional, el derecho a probar, al derecho de defensa, al contradictorio, igualdad sustancial en el juicio, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometido a procedimientos distintos a los previstos, a la obtención de una resolución fundada en derecho, acceder a los medios impugnatorios, a no revivir procesos fenecidos, actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal.

Para tal efecto, es conveniente precisar las siguientes definiciones esbozadas por Cabanellas: *"i) Procedimiento. Modo de tramitar las actuaciones judiciales o administrativas; ii) Procedimiento judicial. Conjunto de trámites y formas que rigen la instrucción y resolución de una causa, en cualquiera de los fueros; iii) Proceso. Conjunto de autos y actuaciones de una causa judicial; iv) Regular. Establecer regla, norma o pauta; v) Irregular. Contrario a regla, norma o principio*²³³.

Maier, define al derecho procesal penal: *como la rama del orden jurídico interno de un Estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que*

²³³ CABANELLAS, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, cit., T. VI, pp. 433, 435, 437; T. VII, p. 109; T. IV, p. 499, respectivamente.

*cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad penal, regulando así el comportamiento de quienes intervienen en él*²³⁴.

El Derecho Procesal Penal es visto como el instrumento o el encargado de realización o regulador del Derecho Penal, se lo define por su función de garantizar el procedimiento, mediante el cual se verifica, determina y realiza la pretensión penal. Para aplicar una sanción a quien ha cometido un delito se tiene que seguir las normas procesales señaladas previamente y que deben ser cumplidos por todos los que intervienen en dicho juicio, en base al principio del debido proceso que consagra la garantía del derecho de defensa y la igualdad de armas, para dictar una sentencia o una resolución que de fin a un proceso penal. El artículo 4 del Código Procesal Constitucional señala que procede el hábeas corpus cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad personal y la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso; a la observancia del principio de legalidad procesal pena.

Lo que se cuestiona y motiva al interponer el proceso constitucional de hábeas corpus ante resoluciones dictadas por el órgano jurisdiccional, es porque éste ha vulnerado el procedimiento señalado en la norma procesal, pese a ser de obligatorio cumplimiento, al violar o amenazar la libertad personal del procesado en forma manifiesta o la tutela judicial efectiva-como sucede en algunos casos-, cuando se dicta mandato de detención preventiva judicial sin la concurrencia de manera conjunta de los tres presupuestos para su procedencia, es decir, en este caso, nos encontramos que la norma procesal vigente al respecto es violada, afectando un derecho fundamental. No es procedente que en este proceso constitucional se cuestione la valoración o la insuficiencia de los medios probatorios, porque esta facultad es competencia exclusiva del órgano jurisdiccional, sede en la que tiene que discutirse de acuerdo a ley.

²³⁴ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, 1ª reimpr., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, T. I, p. 75.

III. 7. 1.- CLASES.

III. 7. 1. 1.- Procedimiento Regular: *El procedimiento regular es aquel en el que se respetan los derechos procesales de rango constitucional y que son el debido proceso (en sus diversas variantes) y la tutela judicial efectiva. Por el contrario, es procedimiento irregular aquel en que la jurisdicción o sus autoridades distorsionan en alguna forma o simplemente vulneran el contenido esencial de dichos atributos, legitimando por ende su cuestionamiento constitucional*²³⁵.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia dictada a raíz del hábeas corpus planteado por Humberto Tineo Cabrera, señala la procedencia contra resoluciones judiciales, y precisa los conceptos de cuándo estamos ante un proceso regular e irregular. Si una resolución judicial emana de un proceso regular, es porque se han respetado las garantías que integran el debido proceso, el objeto de éste no es hacer las veces de un recurso de casación o convertir a las instancias de justicia constitucional en supra instancia de la jurisdicción ordinaria, sino, la de proteger derechos constitucionales de un procesado que han sido vulnerados por el órgano jurisdiccional. En una sentencia precisa que es un proceso regular cuando se observa el debido proceso; mientras que el irregular, no solamente quebranta las normas procesales, sino también las constitucionales.

El Tribunal Constitucional en una sentencia desarrolla, el concepto de “proceso regular”: *como supuesto de improcedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales está inescindiblemente ligado al desarrollo normal y al respeto escrupuloso de los derechos de naturaleza procesal: el de tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso y, con ellos, todos los derechos que lo conforman. En la medida en que dichas Leyes N°s 23506 y 25398 así se entiendan, se trata, indudablemente, de disposiciones compatibles con la norma suprema. En ello radica, precisamente la técnica de interpretación “conforme” a la Constitución: cada vez que una norma legal pueda interpretarse cuando menos de dos maneras, donde una de las cuales riñe con la Constitución, mientras la otra es compatible con su contenido, el juez siempre debe optar por aquella que resulta conforme y en armonía con la norma suprema*²³⁶.

²³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 189 – 99 – AA/TC.

²³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 1230 – 2002 – HC/TC (en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 48, setiembre, Lima, 2002).

III. 7. 1. 2.- Procedimiento Irregular: *A juicio del Tribunal Constitucional, una acción de garantía constituye la vía idónea para evaluar la legitimidad constitucional de los actos o hechos practicados por quienes ejercen funciones jurisdiccionales, en la medida en que de ellas se advierta una violación del derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional. Esto es, cabe incoarse el Hábeas Corpus contra resoluciones judiciales emanadas de un “proceso irregular”, lo que se produce cada vez que en un proceso jurisdiccional se expidan actos que violen al derecho al debido proceso*²³⁷.

El Tribunal Constitucional ha sostenido en una sentencia, un criterio que es vinculante para todos los jueces y magistrados de la República, que *la causal de improcedencia de las acciones de garantía contra resoluciones judiciales no se deriva solo del hecho de que éste se haya dispuesto dentro de un proceso judicial o acaso por un juez competente, sino que, es consecuencia de que ésta se haya expedido con respeto de todas las garantías que comprende el derecho al debido proceso y, tratándose de la prisión preventiva, de que ésta haya sido dispuesta con respeto de los principios de excepcionalidad, proporcionalidad, razonabilidad y subsidiaridad*²³⁸.

Néstor Pedro Sagüés ha escrito sobre la procedencia para interponer Hábeas Corpus ante resoluciones dictadas en procesos judiciales, *precisando, que la Sentencia arbitraria no es aquella que contenga un error o equivocación cualquiera, sino es aquella que padece de omisiones y desaciertos de gravedad extrema, que la descalifican como procedimiento judicial regular; y sostiene, que no tienen por objeto abrir o convertirlo en una llave de una tercera instancia ordinaria, pues su objetivo es subsanar actos procesales irregulares o violaciones constitucionales, por lo que debe ser estrictamente excepcional.*

De las resoluciones de la Corte pueden extraerse inductivamente denominadores comunes que se repiten con cierta frecuencia. Así por ejemplo, los siguientes: i) Apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso; ii) Decisiva carencia de fundamentación; iii) Fallos que menoscaban la garantía de defensa en juicio, o la regla del debido proceso, o frustran el derecho federal; iv) Fallos que se dictan sobre la base de la mera voluntad de los jueces; v) Fallos que importan violación de la esencia del orden constitucional, cuyo primer

²³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 1230 – 2002 – HC/TC (en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 48, setiembre, Lima, 2002).

²³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 1260 – 2002 (en PIZARRO GUERRERO, *Jurisprudencia Constitucional de Hábeas Corpus*, cit., p. 101).

*enunciado es afianzar la justicia; vi) Fallos que no significan una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa; vii) Sentencias que exceden los límites propios de la razonabilidad; viii) Fallos que padecen de omisiones y desaciertos de gravedad extrema, que los invalidan como actos judiciales, o de groseros errores jurídicos; ix) Sentencias que contravienen un adecuado servicio de justicia*²³⁹.

Estos denominadores comunes que menciona Sagüés, comprobamos que también se presentan en nuestro país, lo que demuestra que es un problema similar en otros lugares de Latino América, dando lugar a que la persona que se sienta perjudicada con este tipo de resoluciones judiciales, tenga que recurrir al proceso constitucional de hábeas corpus, ante sentencias o resoluciones arbitrarias que atentan o amenazan la libertad personal de procesados o lo conexo a ella. Los jueces son imparciales al estar comprometidos con uno de los sujetos procesales o con el resultado del proceso o cuando la estructura del sistema no ofrece garantías suficientes al verificar el direccionamiento intencional e indebido en contra del imputado, con la designación de jueces o de colegiados para juzgar en determinados casos o personas, sin explicar las razones de lo decidido, privando al imputado de conocer el motivo exacto de esta determinación, afectando el principio de contradicción que lo inspira, originando una clara y evidente indefensión.

Otra sentencia: *“Que, como reiteradamente lo tiene definido este Colegiado, no cabe cuestionar, mediante procesos constitucionales, el fondo de lo resuelto en un proceso determinado; una resolución judicial sólo puede ser enjuiciada constitucionalmente cuando derive de un proceso irregular, hipótesis que en el caso de autos no se ha dado en ninguna forma”*²⁴⁰.

El Tribunal Constitucional ha dictado sentencia por exceso de detención.

(...)3 , pues el margen de que el afectado se encuentre sometido a proceso penal, lo que se cuestiona en el caso de autos es precisamente la irregularidad manifiesta del proceso penal en el que figura como inculpado y, específicamente, los plazos de la detención previstos expresamente por la ley, por lo que una

²³⁹ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional*, T. II, *Recurso Extraordinario*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 193-194.

²⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 781 – 2002 – HC/TC (en PIZARRO GUERRERO, *Jurisprudencia Constitucional de Hábeas Corpus*, cit., p. 88).

*constatación preliminar de la normatividad invocada con relación con los hechos producidos permite afirmar a este Tribunal que no se trata de un proceso regular o debido, sino de un proceso irregular lo que, en consecuencia, obliga a pronunciarse sobre el fondo y específicamente sobre los alcances del derecho que estaría invocado mediante el presente proceso constitucional.*²⁴¹

Es el caso que el Tribunal Constitucional peruano no solamente se ha pronunciado para considerar como proceso irregular a los casos antes referidos, sino que también lo considera como tal, cuando el imputado se encuentra sufriendo detención preventiva más allá del plazo razonable, que es uno de los grandes problemas por las cuales atraviesa en la actualidad la administración de justicia en el ámbito penal, por el altísimo porcentaje de procesados que se encuentran privados de su libertad sin haber sido objeto de una sentencia en primera instancia, violándose los derechos fundamentales como el debido proceso, plazo razonable, entre otros, por parte de algunos jueces, quienes en algunas oportunidades para decretar detención recurren a verificar interpretaciones extensivas a la ley.

La motivación de las resoluciones se debe cumplir, no solamente cuando se concluye el proceso, sino al inicio del mismo o en la investigación preliminar, con mayor razón cuando se dicta de manera preventiva la privación de libertad del imputado, lo que implica que cualquier decisión judicial debe contar con un razonamiento que sea claro y preciso, que no sea aparente o defectuoso, debiendo exponer el Juez de manera lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho al decretar una medida restrictiva. Se afecta el principio de legalidad penal y procesal, cuando para aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el Juez Penal se aparta del tenor literal del precepto, la misma que obedece a pautas Interpretativas extravagantes o irrazonables, incompatibles con la Constitución y su sistema material de valores o ante la inconcurrencia de algunos de los presupuestos para decretar detención preventiva, porque estos requisitos deben concurrir en forma conjunta como lo señala en forma expresa la norma procesal, lo que lamentablemente no sucede en muchas oportunidades.

²⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 1093 – 2000 – HC / TC, cit, p, 210

Asimismo, se debe conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, a fin de que el afectado con esta medida pueda realizar las acciones necesarias para el ejercicio del derecho de defensa ante la restricción de su libertad individual; porque no basta sostener que se ha vulnerado ésta o sus derechos conexos a ella, es necesario que en su momento el Juez Constitucional analice previamente si los actos denunciados han violado o no los derechos fundamentales y que por lo tanto merecen ser tutelados por el Hábeas Corpus, como podría ser el caso de no fundamentar las razones por las cuales se priva de libertad al imputado o no se ha respetado lo que señala en forma expresa la Constitución, respecto a que la detención policial solo procede cuando el intervenido se encuentra en flagrante delito.

No cabe sostener que en virtud de una resolución judicial se ha dispuesto su privación de libertad y por lo tanto vulnerado dicho derecho fundamental, sino que ésta se ha verificado como amenaza o violación de las normas constitucionales o procesales vigentes, lo que motiva que el procedimiento es irregular y en contra de esta resolución no procede otro recurso impugnatorio, al haber quedado firme, salvo el caso del auto apertorio de instrucción cuando se decreta una detención preventiva y se constata la violación del derecho fundamental de libertad personal, al tratarse de una resolución no impugnable, si procede plantear un Hábeas Corpus; es más, en este proceso constitucional no cabe acudir a él, para ventilar o discutir asuntos como la culpabilidad del imputado, porque la misma es competencia exclusiva del órgano jurisdiccional, solamente se debe recurrir a este proceso para resolver las infracciones a los derechos fundamentales derivadas de una resolución judicial y dictadas en un proceso penal, con desprecio o inobservancia de las garantías mínimas procesales o constitucionales y que se encuentran señaladas expresamente en las normas pertinentes.

CAPÍTULO III

IV.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

IV. 1.- AUTOR.

IV. 1. 1.- CONCEPTO.-

Según Omeba y Cabanellas: *“El sujeto activo del delito”*

Es el que ejecuta personal y materialmente el delito; es el que domina realmente el acontecimiento delictivo; es decir, aquel que tiene la última palabra y decide si el hecho punible se comete o no. Han de ser actos que conforme a su plan significan la realización directa del delito y reúnen las características objetivas y subjetivas exigidas por el tipo legal, al ejecutar el hecho típico. El artículo 23 del C. P., *“El que realiza el hecho por sí o por medio de otro el hecho punible (...)”*, es el que tiene el dominio del hecho, porque tiene un poder de conducción o decisión de todos los acontecimientos hacia un determinado fin o un propósito. Estos actos ejecutivos, tiene que constituir actos típicos.

Un delito es cometido por una persona o más de una. Sin embargo, es autor el que realiza de propia mano o de manera personal, y de modo pleno todos los elementos objetivos y subjetivos integrantes o correspondientes a la norma penal, es quien interviene, el que tiene las riendas o la dirección del acontecer típico o materialización del delito, es aquél que tiene el poder el dominio final, es lo que podríamos llamar el dueño de la realización del tipo e inclusive puede impedir la realización del delito, por ser el encargado de la conducción del hecho punible; y las características del autor se encuentran registradas en los tipos especiales o situaciones con relación a un tipo legal, que es determinante para la calidad de autor.

Dicho artículo delimita las formas de autoría:

a) La primera denomina al agente como autor directo referido al sujeto que realiza de una manera directa y personal el hecho típico.

b) La segunda corresponde al autor mediato, la realización del hecho por medio de otro, es aquel que utiliza la actuación de otra persona a fin de conseguir su objetivo, o sea, la realización del hecho descrito en el tipo legal.

IV. 1. 2.- OPINIONES.

Hans Heinrich Jescheck: “es el “quien” anónimo con que empiezan la mayoría de descripciones típicas. El legislador parte del presupuesto de que el autor es quien realiza la totalidad de los elementos del tipo en su propia persona (...)»²⁴².

Eugenio Raúl Zaffaroni: “(...) autor individual es el ejecutor propiamente dicho, cuyo concepto se obtiene de cada tipo, aplicando el criterio de dominio del hecho como dominio de la acción”²⁴³.

El maestro Luis Bramont Arias y Luis Alberto Bramont – Arias Torres: “La realización del hecho descrito en el respectivo tipo legal parece el criterio más seguro para la comprobación de la figura del autor que no puede reducirse a la realización del tipo en sentido objetivo – formal (...), es decir, dominar el curso o realización del hecho, tener las riendas del acontecimiento típico, y de esta manera está en condiciones de frenar o no, según su voluntad, la realización del tipo.”²⁴⁴.

Claus Roxin: “A estas alturas ya sabemos lo que es dominio del hecho. Un sujeto es autor: Si realiza la acción típica personalmente (dominio de la acción)”²⁴⁵.

Juan Bustos Ramírez: “Tiene el dominio del hecho, y es autor quien, a través de su influjo determinante en el acontecimiento, aparece como figura clave, como figura central, en la realización del delito. Quien tiene realmente el poder sobre la realización del hecho descrito en el respectivo tipo legal”²⁴⁶.

Günther Jakobs: “En la determinación de la autoría y participación se trata de comprobar en qué relación se encuentran las responsabilidades de varios intervinientes por un suceso delictivo. Para ello hay dos modelos de regulación, el modelo para los delitos de infracción de deber y el modelo para los delitos de dominio.”²⁴⁷.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre: “Autor principal o directo es el sujeto que domina la acción, realizando personalmente el comportamiento descrito en el tipo penal (...). En los delitos especiales, esto es, aquellos que limitan el número de autores exigiendo cualidades o características especiales en los tipos

²⁴² JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción de Santiago Mir Puig, Bosch, Barcelona, 1981, T. II, p. 887.

²⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, Vol. II, p. 745.

²⁴⁴ BRAMONT ARIAS y BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código Penal Anotado*, cit., pp. 215-216.

²⁴⁵ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 335.

²⁴⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., PPU, Barcelona, 1994, p. 284.

²⁴⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 718.

correspondientes, el autor principal sólo podrá serlo el sujeto que pertenezca al círculo definido por el tipo penal y que, además, posea el dominio de la acción."²⁴⁸.

Javier Villa Stein: *"El autor de un delito es aquel a quien un tipo penal del catálogo señala como su realizador. Se trata de un alguien a quien el tipo penal designa con la fórmula simple «el que»"*²⁴⁹.

Santiago Mir Puig: *"El autor es un sujeto que se encuentra en una relación especialmente importante respecto de alguno de los hechos previstos como delitos en la Parte Especial (...). Según la doctrina dominante, dicha relación especial concurre cuando el sujeto realiza como propio alguno de los hechos mencionados."*²⁵⁰.

Francisco Muñoz Conde: *"En definitiva, el criterio objetivo- material viene a precisar con mayor nitidez el concepto de realización del tipo como elemento determinante de la autoría, llevándola más allá de la simple ejecución del hecho a otras formas de realización del mismo, bien directamente, bien por medio de otro sirviéndose de él como instrumento"*²⁵¹.

En la determinación de autoría y participación se debe distinguir cual es la relación que existe ante la concurrencia de varios sujetos que intervienen en la comisión de un hecho punible. Se considera autor a quien domina finalmente el acontecimiento delictivo, es quien tiene la última palabra y decide si se comete o no; es aquél que realiza el tipo penal por si mismo, decidiendo el si y el cómo de su ejecución; si es una sola persona que organiza la comisión del delito y realiza la ejecución del hecho por si mismo, es considerado como autor individual, más no como coautor – porque son autores al cometer el delito entre todos –, ni autor mediato – al utilizar a otro para que ejecute el delito –. Al intervenir varias personas en la comisión de un delito es indispensable establecer la existencia e individualización del autor o coautores, porque si no se precisa quien lo ejecuta, en modo alguno se puede considerar la participación de otras que tienen la condición de instigadores, cómplices primarios y secundarios.

²⁴⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Araxis, Barcelona, 1999, p. 297.

²⁴⁹ VILLA STEIN, Javier, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Editorial San Marcos, Lima, 2001, p. 289.

²⁵⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Tecfot, Barcelona, 1996, p. 357.

²⁵¹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant Lo Blanch, 3ra edición, Valencia 1998, p. 482

IV. 1. 3.- DOMINIO DEL HECHO:

El dominio del hecho puede presentarse de diversas maneras:

1) Como dominio de la acción (quien ejecuta por su propia mano todos los elementos del tipo; caso del autor directo);

2) Como dominio funcional del hecho (quien comparte el dominio funcionalmente con otro u otros; casos de coautoría); y

3) Como dominio de la voluntad (quien domina el hecho a través del dominio de la voluntad de otro; casos de autoría mediata)²⁵².

La Corte Suprema, sostuvo: *“La teoría del dominio del hecho permite, entre otras ventajas, distinguir claramente la diferencia entre autor y partícipe, así será autor quien domina la configuración el injusto y partícipe quien no ejerce tal dominio y solo colabora con un hecho doloso ajeno”²⁵³.*

Los tipos legales en su generalidad están redactados en función a la conducta, acto que realiza o deja de hacer una persona, a quien se considera como autor y, para tal efecto, verificamos que las normas que se dictan para tipificar como delito un determinado hecho, utilizan las expresiones: “El que” o el “Funcionario o servidor público”, “el ascendiente o descendiente”, “por culpa”, “el casado”, “el párroco u ordinario”, “la madre”, “la mujer”, “el médico”, “obstetra”, “farmacéutico o cualquier profesional”, “el dueño o responsable”, “fundador”, “administrador”, “gerente”, etc.

Salazar Sánchez, se refiere a la autoría en los delitos de infracción del deber cometido por los funcionarios o servidores públicos, señala:

“El fundamento de la autoría, en los injustos de infracción de deber, se encuentra ligado a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos mediante la infracción de un deber positivo independientemente de la forma ontológica con que se lleve a cabo dicha infracción (se tenga o no el dominio del hecho); esto significa que, en este tipo de delitos, ya no es suficiente la sola creación de riesgos prohibidos, sino que, además y sobre todo, el sujeto de infringir el “neminem laedere positivo”²⁵⁴.”

²⁵² BRAMONT ARIAS, Luis y otro, op. cit., p, 216.

²⁵³ Exp. N° 5385 – 2006 R.N. Segunda Sala Transitoria de la Corte Suprema, el 14 de diciembre de 2007.

²⁵⁴ SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, “Imputación Objetiva y participación de los extraneos en los delitos de infracción del deber”, artículo publicado en la Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 16, Lima, Idensa, 2005, p, 538- 539.

IV. 1. 4.- CLASES DE AUTORÍA.

Las clases de autoría surgen o responden a la idea de quien domina la ejecución del tipo, independiente si el agente realiza por si mismo el delito o por intermedio de otra persona; de lo que podemos deducir que lo importante en la autoría radica en el dominio el hecho y poder decisión en la ejecución del delito. Las clases de autoría y sus límites se presentan por la forma de dominio del curso del acontecimiento típico.

a.- Autoría directa o individual.- Autor directo es el que realiza personalmente el delito, o sea, el que de un modo directo y personal ejecuta el hecho típico. Es quien tiene el dominio de la acción.

b.- Autoría mediata.- De acuerdo a la doctrina nacional este tipo de autor no realiza directa o personalmente el delito, sino que se sirve de otra persona quien lo realiza materialmente; y, éste es conocido como el hombre de atrás, es el que domina la realización del delito, debido a que la voluntad del ejecutor se encuentra sometida a los designios del autor mediato, el delito es ejecutado materialmente a través de otro, al incidir el autor mediato, dominando la voluntad del intermediario realizador.

La tradicional concepción de la autoría mediata, definía solamente, como autor material o ejecutante del delito como instrumento desprovisto de voluntad y como tal no era pasible de responsabilidad penal ante el resultado producido; igualmente, cuando el sujeto utiliza para la comisión del hecho punible a menores de edad o a sujetos inimputables, es decir, se valen de personas que carecen de capacidad de darse cuenta, autocontrol y voluntad, para realizar el acto encomendado. Considerando en algunos casos la ausencia de acción en el instrumento o quien actúa justificadamente o en error de tipo o de prohibición al no realizar de manera personal o directa el hecho delictivo, sino que es un hombre de atrás, sino que lo hace a través de un intermediario material o persona dispuesta para su ejecución.

Cerezo Mir, J. *“En mi opinión, los supuestos de autoría mediata que corresponden con las diversas formas del dominio del hecho son los siguientes: Dominio del hecho mediante la coacción. Se coacciona a una persona para que cometa un delito. Para que esa persona aparezca como un mero instrumento y se dé, por tanto, la autoría mediata es preciso que estuviera exento de culpabilidad,*

*(...). Dominio del hecho de una persona induciendo a una persona a error o aprovechando la situación de error en que se encuentra (...). Dominio del hecho por utilización de un inimputable (...) Cuando se utilice a un menor de edad (...). Cuando se utiliza como instrumentos a una persona que actúa amparada en una causa de justificación (...)*²⁵⁵

El autor material o directo se encuentra en una situación de inferioridad ante el autor mediato quien se aprovecha de su mayor inteligencia, su fuerza o porque pertenece a un status distinto, ejerciendo un influjo dominante porque éste, es el único responsable que interviene en el hecho delictivo con conocimiento real del peligro, motivo por el cual responde como si de manera personal y directa lo hubiera realizado. Este tipo de autoría, se fundamenta en el dominio del hecho que importe el manejo en la realización del delito, la misma que se fundamenta en el dominio de la voluntad del otro sujeto que actúa por parte del autor mediato, lo que se deduce la ausencia de acción por parte del éste considerado como tal.

También se presenta la autoría mediata cuando el instrumento humano no actúa porque falta en él una especial cualidad o un elemento subjetivo que exija el tipo del delito, al utilizar la actuación de un intermediario para alcanzar su fin delictuoso sin tener ninguna intervención directa en su ejecución, por tal motivo es responsable y se caracteriza por la prevalencia del autor mediato sobre el ejecutor, porque tiene la posibilidad de controlar y dirigir de hecho el comportamiento de la persona que utiliza para la comisión del hecho punible, quien al actuar bajo las condiciones antes referidas no responde penalmente por los actos lesivos o bienes jurídicos que afectó.

En los últimos años, en nuestro país se viene aplicando la autoría mediata a través de los aparatos de poder, basado en la existencia de una estructura jerárquica, frente a los encargados de ejecutar el delito que pueden tener la condición de fungibles; porque el hombre de atrás tiene el dominio del hecho, y la orden se transmite a través de otros sujetos que se encuentren en un plano inferior y pueden ser reemplazados, en la que cada uno de los agentes transmisores tendrá la condición de autor mediato.

²⁵⁵ CEREZO MIR, J, *Curso de Derecho Penal Español – Parte General, Tomo III. 4ta reimpresión. Editorial Tecnos, Madrid, año 2004, p 215 - 216.*

La autoría mediata, se configura como una conducta realizada por el autor de manera dolosa y no constituye una forma de responsabilidad objetiva, al estar vinculado de hecho y jurídicamente con el acto ejecutado, al tener la capacidad de conocer y ordenar el curso causal del acto material, por el dominio de la voluntad que ejerce a través del encargado de transmitir la orden al ejecutor, a fin de conseguir el objetivo o resultado final penal. La autoría mediata mediante el uso de aparatos de poder se presenta ante la existencia de una estructura jerárquica, con ejecutores fungibles y con una cadena de mando, en la que existe un agente encargado de transmitir la voluntad del autor mediato hasta llegar al ejecutor material; debido a que los ejecutores del acto delictivo, están condicionados por la verticalidad.

La autoría mediata puede ser, según Felipe VillavicencioTerreros:

1) Ejecutor que actúa sin realizar lo injusto:

- Actúa sin realizar el tipo objetivo
- Actúa sin realizar el tipo subjetivo
- Actúa justificado.

2) Ejecutor que actúa sin culpabilidad.

- Ejecutor inimputable. Ejecutor en error de prohibición.
- Ejecutor inexigible

3) Problemática especial:

- Ejecutor que actúa dentro de un aparato de poder y que para nosotros plantea la figura de la coautoría²⁵⁶.

c) Autoría en lugar de otro, previsto en el artículo 27 del C. P., es el que está destinado a ser utilizado penalmente por una empresa, cuando el ejecutor de la acción típica en los delitos especiales propios (medio ambiente, defraudación tributaria, etc.), como encargado de la dirección o administración de la entidad jurídica no reúne como persona individual las condiciones requeridas por el tipo legal, desde el momento que se indica que actúa como órgano de representación y que la ejecución del hecho punible, puede ser obra de uno o más, aun cuando los elementos especiales que fundamentan la pena de este tipo no concurren en él, pero si en la empresa.

²⁵⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, cit., p, 149.

IV. 1. 6.- EJECUTORIAS.

En una ejecutoria suprema: *“Sobre la categoría de autor, la jurisprudencia ha dispuesto: “Para los efectos de la imposición de la pena a los acusados debe tenerse en cuenta si los acusados participaron en la planificación y ejecución de los hechos, si distribuyeron el trabajo a realizar por cada uno de los co procesados, así como la relación de interdependencia funcional de los agentes, fundamentada”²⁵⁷.*

En otra: *“En el proceso ejecutivo del delito es autor y no cómplice aquél que ha realizado de propia mano todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo, lo que permite afirmar, a la luz de la moderna teoría del dominio del hecho, que el sentenciado ha sostenido las riendas del acontecer típico o la dirección final del acontecer, habiendo tenido a la vez la posibilidad de evitar el resultado”²⁵⁸.*

Otra sentencia, consideran como tal a Abimael Guzmán Reynoso y otros: *“De las tres formas de dominio del hecho: por acción, por voluntad y dominio del hecho funcional, en el presente caso la imputación penal aplicable es por dominio de la voluntad en la modalidad que se conoce como dominio por organización con nítida primacía de la relaciones verticales, con subordinación de los ejecutores propia de la estructura mediata y no de relaciones propias de la coautoría.*

Según la doctrina dominante, tres son los requisitos para que se configure el dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados: a) organización con estructura jerarquizada rígida, b) fungibilidad de los autores inmediatos y c) el apartamiento del ordenamiento jurídico. (...). Pues la autoría pone en relación al autor mediato con un hecho punible concreto, con la atingencia que la imputación de este autor que no ejecuta materialmente el acto, se sustenta en el dominio de la voluntad funcional que este ejerce a través del intermediario material. No se trata de una forma de responsabilidad objetiva, en la medida que se afirma en esta forma de autoría igualmente de carácter doloso de la conducta del autor mediato. Al autor mediato se lo vincula jurídicamente con el acto ejecutado, por la capacidad que tuvo de con ocer el curso causal del acto material y dominarlo volítivamente a través de intermediario material”²⁵⁹.

²⁵⁷ Exp. N° 1713 – 96 de 26 de junio de 1996 (CARO CORA, Dino Carlos, *Código Penal: Actuales tendencia jurisprudenciales de la práctica penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 169).

²⁵⁸ Exp. N° 4354 – 97, Callao, del 02 de octubre de 1997 (CARO CORIA, *Código Penal: Actuales tendencia jurisprudenciales de la práctica penal*, cit., p. 169).

²⁵⁹ Exp 5385- 2006. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, publicado en *Diálogo con la Jurisprudencia*, p. 170

Al respecto, dicha sentencia conviene en lo siguiente:

a.- Los integrantes de “Sendero Luminoso” constituyen una organización criminal, desde el momento en el cual concurren los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal imputado, considerando a los jefes o cabecillas como los autores mediatos por el dominio de la voluntad que ejercieron en el ejecutor material.

b.- Acogen la teoría de grupo de poder, entendiendo como tales: tanto a una estructura de poder estatal; como también a los integrantes de una organización criminal terrorista y considerar como autores mediatos, a los jefes de estas organizaciones.

Roxin, señala: *“aquí es autor mediato todo aquel que está colocado en la palanca e un aparato de poder – sin importar en qué nivel de jerarquía – y que a través de órdenes puede dar lugar a delitos en los uales no im porta la individualidad del ejecutante.*

Luego, la fungibilidad, es decir, la posibilidad ilimitada de reemplazar al autor inmediato, es lo que garantiza al hombre de atrás la ejecución del hecho y le permite dominar los acontecimientos. (...) La forma de aparición del autor mediato que se ha explicado constituye la expesión jurídica adecuada frente al fenómeno del “autor de escritorio”, el cual, sin perjuicio de su dominio del hecho, depende necesariamente de autores inmediatos.

El modelo presentado de autoría mediata no solamente alcanza a delitos cometidos por aparato de poder estatal, sino también rige para la criminalidad organizada no estatal y para muchas formas de aparición del terrorismo”²⁶⁰.

La autoría mediata por dominio de la organización imputado a Abimael Guzmán Reinoso y sus dirigentes, tiene como sustento que “Sendero Luminoso” se constituyó como una organización criminal de poder, para llevar adelante una serie de crímenes en la forma más violenta y avezada, por lo que, de acuerdo a la sentencia sus dirigentes o cabecillas, son responsables como autores mediatos por haber tenido el dominio de la voluntad de sus militantes de base o mandos intermedios considerados como los ejecutores materiales o autores inmediatos de los delitos que se les atribuye.

²⁶⁰ ROXIN, Claus, “La autoría mediata por dominio de la organización”, publicado en la Revista de Ciencias Penales. N° 13, Lima, pág.18.

En la autoría mediata lo que prevalece son las relaciones verticales de los dirigentes y la plena subordinación de los ejecutores materiales, que es una de las principales características de su estructura, estableciendo una evidente diferencia con las relaciones horizontales, que es el elemento básico de la coautoría, en las que existe una distribución de roles para la ejecución del delito, en tanto que en la autoría mediata, predomina el dominio de la voluntad de parte de los dirigentes quienes imparten la orden y en muchas oportunidades los encargados de cumplirla fueron sustituidos o cambiados en base a la jerarquía existente en este tipo de organizaciones

Esta autoría no es impicante con un derecho penal de acto, porque éste es considerado como tal, relacionado con un delito en concreto, precisando que la imputación formulada en contra del agente, es porque no ejecuta directa o materialmente el acto delictivo, basado en el dominio de la voluntad que lo ejerce a través del intermediario o instrumento material, vinculado con el acto realizado por la capacitación que tuvo de conocer el curso causal de la materialidad del delito y el dominio voluntario a través del ejecutor; el hombre de atrás ejerce un dominio del hecho, cuya decisión se transmite a través de un intermediario, en la que cada agente transmisor de la orden sea considerado como un autor mediato, la misma que es factible de presentarse en una organización criminal, como la terrorista.

Lo primordial está en el dominio de la organización y la responsabilidad penal para el autor mediato como para el ejecutor material es distinta. La culpabilidad que le compete al hombre de atrás – autor mediato –, se debe a que la imputación formulada es por el injusto de organización; y, se considera, como tal al que se atribuye a una persona por el dominio del delito a través de un aparato de poder; y, la del ejecutor material es la imputación por injusto individual, porque, no solamente es la persona concreta que cumple la orden impartida y realiza el delito en cumplimiento de la orden impartida, basado en la estructura de poder organizada criminalmente y que funciona casi de manera automática e inclusive éste último puede ser cambiado para la realización del acto delictivo ordenado.

IV. 1. 7.- FORMAS Y CARACTERÍSTICAS DE AUTORÍA MEDIATA:

En la actualidad se reconocen tres formas de autoría mediata. En todas ella el agente actúa o incide dominando la voluntad del intermediario material. Por consiguiente, “el autor mediato debe tener la posibilidad de controlar y dirigir de facto el comportamiento de la persona que utiliza para cometer el delito”.

1) La primera provenía del “dominio por error”, ya que en ella el autor mediato dominaba la voluntad del ejecutor a través del engaño sobre las circunstancias reales del hecho que este realizaba, o al darle al suceso donde aquel intervenía, un sentido o significado distintos del que realmente le correspondía.

2) (...)“dominio de la coacción”. Aquí el hombre de atrás direccionaba la voluntad del ejecutor empleando la amenaza o intimidación de un mal inminente y grave que estaba en sus facultades realizar.

En ambos casos, pues, era el hombre de atrás quien condicionaba y decidía la estructura del hecho delictivo, de manera tal que la conducta realizada por la persona interpuesta solo podía imputársele como obra suya.

3) La tercera modalidad es conocida como “autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados”, cuyas características, presupuestos, requisitos y consecuencias (...)

El presupuesto general: La existencia de la organización.

726.- Organización estructurada. Características.- La tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados tiene como soporte fundamental la “existencia previa de una organización estructurada”. Esta posee una línea jerárquica sólida que hará responsable a su nivel estratégico superior por las decisiones y designios de carácter delictivo que a su interior se adopten. Los cuales, luego le serán asignados al ejecutor inmediato por la vía de la verticalidad que presenta su diseño organizacional.

(...) I) la “asignación de roles. Esta expresión resulta más ideográfica que aquellas que usa comúnmente la doctrina penal contemporánea para explicar la relación entre el nivel estratégico y el ejecutor, y que aluden a una división del trabajo o distribución de funciones. (...).

ii) desarrollan una vida funcional que es independiente a la de sus integrantes.(...). Sin embargo, ello no significará que aquel se aleje por completo del actuar concreto de la organización sino, más bien que su presencia se advierta en la configuración u operatividad de una serie de mecanismos que interactúan al interior y desde el exterior de la estructura de poder (...).

727.- Los presupuestos y requisitos funcionales. Estos son los siguientes: 1) el poder de mando; 2) la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico; 3) la fungibilidad del ejecutor inmediato; y 4) la elevada disponibilidad del ejecutor hacia el hecho.

IV. 1. 8.- LA EXISTENCIA DE LA ORGANIZACIÓN.

La tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder tiene como sustento la “existencia previa de una organización estructurada” y se basa en la posesión de una línea jerárquica, quienes son los responsables por su nivel estratégico superior ante las decisiones de la comisión de actos delictivos que ellos convengan; y, que posteriormente, le serán asignados al ejecutor inmediato, teniendo en cuenta la línea vertical que presenta toda organización criminal, destinada a la perpetración de determinados delitos.

Tal como se desprende de la ejecutoria en referencia, la característica de vital importancia en este tipo de estructuras organizadas es la posición jerárquica, donde resalta su verticalidad al asignar roles para la comisión de los delitos asignados, lo que explica la relación entre el jefe o el encargado de dar la orden y el ejecutor, demostrando una división del trabajo o distribución de funciones, para la ejecución del hecho punible; lo que no puede ser objeto de confusión entre la autoría mediata con supuestos de coautoría, porque, quien tiene el poder deja a los ejecutantes para la realización de su orden.

Además, en estos grupos de poder organizados criminalmente, lo primordial es la existencia de estructuras jerárquicas y sus dirigentes desarrollan una vida funcional que es independiente a la de sus integrantes. El fundamento radica en el “mecanismo funcional del aparato”, o sea, el desarrollo de un proceso por sí solo, por tener la confianza que su orden se ha de cumplir sin conocer al ejecutor inmediato. No se requiere de una disposición expresa en un documento, donde conste que el superior imparta la orden para el cumplimiento de un delito por el ejecutor inmediato.

IV.1. 9.- EL PODER DE MANDO.

Es la capacidad que tiene el dirigente, jefe o cabecilla dada su posición de encontrarse en un nivel estratégico superior – el hombre de atrás –, para impartir órdenes o asignar roles al sujeto encargado de dar cumplimiento a lo encomendado, debido al dominio de la voluntad que otorga la propia organización criminal mediante el aparato de poder que tienen, por el lugar que ocupa, en su condición de autoridad, líder o ascendencia que se derivan de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos, etc., lo que constituye una condición fundamental, para imputar autoría mediata en el marco de un aparato de poder organización, considerándose, como tales, también a los mandos intermedios encargados de transmitir la orden hacia los ejecutores materiales.

En cuanto al grado de responsabilidad penal, es indudable, que recae sobre quien detenta el poder o el quien se encuentra en el escalón superior máximo, es mucho mayor que el correspondiente al que se encuentra en un nivel intermedio. Es conveniente precisar – nuestro criterio –, quienes intervienen en el ámbito colateral a una cadena de mando, actuando como consejeros o emisario de las disposiciones de los niveles estratégicos o intermediarios o de quien se limita a proporcionar los medios necesarios para la comisión del delito, sin posibilidad alguna de emitir órdenes, solo será considerado como cómplice primario.

El grado de culpabilidad es mayor contra quien detenta el poder de mando, tomando en consideración que como dirigente o jefe es encargado de impartir la orden, para lo cual se sustenta en un marco de legalidad formal, es decir, en el caso de una organización de poder estatal, para luego alejarse del orden legítimamente establecido, constituyendo la fuente del uso legal de la posición en la que se encuentra que le concede poder; y, posteriormente, al ser conocedor del marco jurídico que lo rodea diseña y activa una estructura criminal, de tal manera, que resulta difícil que las autoridades encargadas de la prevención y control del delito, tengan dificultad para que en su momento lleguen a tomar conocimiento de sus acciones.

A todo ello, en aparatos de poder organizados criminalmente, sus dirigentes se desvinculan o apartan del derecho o sistema u ordenamiento jurídico, que se encuentra representado por un conjunto coordinado de normas generales y positivas que regulan la vida social del Estado, como comunidad. Este orden normativo solo puede ser un orden jurídico, aquel que comúnmente se relaciona como el “Derecho del Estado” o el “Derecho nacional” y una particularidad específica en este tipo de delincuencia radica en el nivel superior estratégico del Estado, esto es, su autoridad central utiliza en el ejercicio de su cargo, las estructuras del aparato estatal para la comisión de delitos que por su gravedad y riesgos de impunidad adquieren relevancia internacional. Esta forma de criminalidad atenta, pues, contra el orden jurídico vigente, dejando al margen el derecho legalmente estatuido; consolidándose el dominio que aquel ejerce en la organización y los ejecutores estén más predispuestos hacia la comisión del delito.

IV. 1. 10.- LA FUNGIBILIDAD.

Se le entiende, porque el ejecutor de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización y realización de su designio delictuoso. Se da cuando el agente no se presente a la ejecución del acto delictivo, incumpliendo la orden impartida, mediante una abstención

Asimismo, se presenta con la concurrencia de varios ejecutores potenciales en la estructura del aparato de poder, otorgando al nivel estratégico superior mayor garantía para el cumplimiento de su orden, de acuerdo a las necesidades particulares que la ejecución del delito los demande. Su fundamento, radica en el hecho que el ejecutor material que realiza la conducta delictiva desde una estructura de poder jerarquizada de naturaleza u origen estatal, se ha apartado del Derecho y al ser cambiado actúa con una motivación distinta de aquel otro autor que pueda intervenir, porque éste deja de actuar como ente individual y pasa a ser parte del todo estratégico, expresado en la manifiesta adhesión y en la elevada predisposición del ejecutor hacia el hecho ilícito que disponga o planifica la estructura.

IV. 1. 11.- ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI. ASIGNACIÓN DE AUTOR MEDIATO EN LA SENTENCIA DICTADA EN SU CONTRA.

Es considerado como autor mediato – de acuerdo a la sentencia y lo actuado en el proceso –, por haber ocupado la posición más alta en el nivel estratégico del Estado en general y del Sistema de Defensa Nacional en particular. Se sostiene que desde esa posición ejerció un marcado poder de mando, manifestado en la conducción política y militar, relacionada en forma directa sobre las estrategias como enfrentar a las organizaciones que tenían como práctica, las acciones subversivas terroristas que actuaban en el país, causando zozobra y alarma en la población. El dominio de la voluntad, se fundamenta en el hecho de haber sido superior jerárquico, emisor del mandato antijurídico, al contar con la facultad de tomar decisiones y emitir órdenes a subordinados o personas sometidas a su mando e influir sobre ellos por ser integrantes del aparato de poder y tener la potestad de impartir mandatos a subalternos, aun cuando el receptor de la orden constituya solo un eslabón intermedio en su transmisión y sea otra, la persona encargada de ejecutarla, en virtud de la posición de superioridad y poder que detenta como funcionario estatal.

Como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, abusó del mando que ostentaba, pervirtiendo el uso legítimo de su poder, designando a Montesinos Torres y Hermoza Ríos, quienes llegaron a ocupar los cargos más altos en la estrategia de un aparato organizado de poder estatal, manejado desde el SIN, captando otras instituciones en los niveles de comando, en base al dominio que tenía; consituyendo el objetivo central de gobierno, las estrategias generales, las políticas definidas y las órdenes de ejecución de los delitos imputados fueron dispuestas por Fujimori y transmitidas por los demás integrantes del aparato de poder estatal de diversas maneras, compatibles con los esquemas informales o paranormales que se utilizan en este tipo de comunicación y manuales de actuación propios de sistema de inteligencia, estratégica u operativa. Precisándose en la sentencia que se han cumplido con los elementos de esta clase de autoría mediata antes referidos.

IV. 2.- COAUTORÍA

En la coautoría, se extrae la consecuencia de que sea posible la división del trabajo o papeles entre todos, mediante una decisión colectiva de realizar el hecho punible y cuando el plan de los que intervienen, se verifica una distribución de las aportaciones necesarias para su realización son responsables del resultado, sean en todos o distintos estadios.

Coautoría.- Para la ejecución de un delito intervienen más de un sujeto, tales como: a.- ejecutiva en las que todos realizan los actos; b.- la parcial en la que se produce un reparto de roles.

Cuando su actuación denota que planifican y acuerdan su comisión distribuyéndose los aportes en base al principio de reparto funcional de roles, sea en los preparativos y en la organización del delito al tener un dominio en su ejecución, por lo que se puede presentar una autoría ejecutiva parcial y el no interviniente en la realización del hecho punible tuvo un papel decisivo en la ideación y organización del delito, en la determinación de su planificación y en la información del hecho punible, todos ellos tienen la calidad de autores; y se presenta cuando concurren los siguientes requisitos:

1) Decisión común, es el acuerdo expreso o concluyente o la intención común de realizar un delito, en las que se presenta la distribución de las aportaciones singulares a un hecho punible; toda vez que los que intervienen de manera conjunta en la comisión de un hecho delictivo, desempeñan cada uno de los participantes un rol para su perpetración, en virtud del reparto funcional de roles, razón por la cual las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, porque todos están orientados al logro exitoso del resultado.

Se produce una común coposesión del dominio del hecho íntegro y puede ser suficiente un entendimiento para que se lleve a cabo de manera tácita o espontánea o de un acuerdo previo o poner en marcha un plan de acción y todo participante debe saber que los otros cooperan dolosamente,

2) Aporte esencial, en tanto el aporte individual realizado por cada agente, debe ser esencial y relevante. Lo que significa, que cada uno de los sucesos delictuosos sea la concreción de la voluntad y acción de cada

coautor, aunque él en su calidad de interviniente haya tomado a su cargo la realización de sólo una parte del hecho total;

3) Dominio común, tomar parte en la fase de ejecución, es decir, cada sujeto, al tomar parte en la ejecución, ha desplegado un dominio parcial del acontecer, conforme al plan establecido en común en la realización del delito para que todos los que intervengan en dicho convenio sean autores del delito, lo que da contenido real a la coautoría, pues todos deben ejercer conjuntamente el dominio sobre el hecho. No sólo es cuestión de querer, sino también de ejecutar.

Como consecuencia de la coautoría se produce la plena responsabilidad por el hecho punible de todos los intervinientes, debido a que cada uno de ellos ha verificado actos de la misma importancia con la finalidad de conseguir un resultado, basado en la organización, decisión y ejecución de la acción, los coautores cometen de manera conjunta el delito y no es admisible que cada uno cometa un hecho por su cuenta, pues el delito comienza y se ejecuta de manera unitaria. En la doctrina y en la jurisprudencia, también es unánime la aceptación de la categoría de coautoría que hace alusión a la realización o ejecución conjunta de en la comisión de un delito, llevada a cabo con la intervención de varias personas que participan consciente y voluntariamente.

José Hurtado Pozo: *“Así la coautoría se distingue con claridad de la complicidad: primero, porque el coautor no favorece el accionar ajeno, sino que asume como suya la acción del otro, segundo, porque no lleva a cabo una acción subordinada, sino que interviene en la ejecución aunque sea de una manera poco importante o de la misma manera que los demás”*.²⁶¹

Mir Puig: *“Los coautores se reparten la realización del tipo de autoría. Como ninguno de ellos por sí sólo realiza completamente el hecho, no puede considerarse a ninguno partícipe del otro. No rige, pues aquí el principio de accesoriedad de la participación (...); el principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones (...), todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable”*²⁶².

²⁶¹ HURTADO POZO, José, cit, p, 877.

²⁶² MIR PUIG, Santiago, *Formas de autoría en los delitos de dominio: c) coautoría. Derecho Penal. Parte General*. 6º edición. Editorial Reppertor. Barcelona, 2002, p. 182.

IV. 3.- PARTICIPACIÓN.

La comisión de un hecho punible puede ser realizada por una persona o por más de dos; y, cuando ésta es plural, el ordenamiento penal tiene que valorar las distintas intervenciones y verificar una distinción entre autores y partícipes. La participación es la cooperación dolosa en la comisión de un delito, en la que el partícipe debe conocer y querer con su intervención en la realización de un hecho típico y antijurídico de otra persona que es el autor; es decir, sus aportes pasan a integrar la tipicidad global de un hecho ajeno, por lo que se configura el carácter accesorio de la participación respecto al hecho principal que lo condiciona y resulta de la manera como está regulado en el Código Penal la instigación y la complicidad, porque el bien jurídico es afectado por el autor. Es decir, solamente pueden existir partícipes si hay autor o coautores

Sin la existencia de un autor que realiza el acto principal al atentar contra el bien jurídico tutelado en una norma penal no se puede dar la presencia del instigador o la del cómplice, es decir, estos dependen necesariamente de la ejecución verificada por el autor o coautores porque su actividad es accesoria, tal como se desprende del verbo participar en un delito que significa: vinculación con la intervención en un hecho punible ajeno, quien debe ser un sujeto culpable del acto típico y antijurídico, solamente se colabora cuando el autor decide ejecutar un delito, porque es quien tiene el dominio del hecho, para realizar el acto delictivo.

La diferencia entre autor y partícipe, claramente se verifica en la intervención que le compete a cada uno de ellos en la comisión de un delito, porque autor es quien domina la configuración del injusto; mientras que, partícipe es quien no ejerce el dominio del hecho, sino que solamente colabora con la producción de un hecho doloso ajeno.

La participación configura:

1) Una comunidad de hecho, significa que los aportes realizados por los que participan contribuyen a la producción de un mismo delito, es una colaboración hacia un objetivo, la actividad que realizan los participantes se encuentran en dependencia con relación con el autor.

2) Convergencia intencional entre los sujetos intervinientes, esto es, que los partícipes tengan un propósito hacia el objetivo o hecho común, un acuerdo reflexivo o de improviso, respecto a la concurrencia de las particulares intenciones de cada uno de ellos, para conseguir la consumación del delito.

3) Cooperar en la ejecución de un delito, significa fundamentalmente, ayudar a que el delito se ejecute, debiendo revestir el carácter de un acto de realización o de participación en él, lo que caracteriza a la participación criminal es la colaboración subjetiva y material en un hecho punible, teniendo la conciencia de que el objetivo que se persigue es común y que a él se contribuye de manera parcial y complementando o integrando la acción conjunta. Esta colaboración es para que una persona considerada como autor lo ejecute, pues no podemos considerar como partícipes en la comisión de un hecho punible sin la existencia de un agente del delito, quien es la persona que tiene el dominio del hecho y con relación a la cooperación o colaboración, podemos sostener que dicho dominio queda excluido por definición, por lo que de acuerdo al sistema de derecho penal vigente la distinción es dogmáticamente indispensable y necesaria, porque el autor es quien decide si realiza o ejecuta el delito.

Los colaboradores intervienen antes o durante la comisión del delito pero de ninguna manera después de consumado el hecho punible; y esta intervención en algunos casos es decisiva para que el ejecutor material lo realice, instigación, inducción o convencimiento a fin de que una tercera persona ejecute materialmente el hecho punible, es decir, al instigador es quien de acuerdo a nuestra legislación penal le corresponde se le imponga la misma pena que le corresponde al autor. Mientras que en el caso del cómplice, su colaboración o cooperación para la perpetración de un delito es necesaria porque no se puede prescindir de ella o es secundaria porque el delito se puede consumir sin la intervención o el auxilio de éste.

IV. 3. 1.- FORMAS DE PARTICIPACIÓN

IV. 3. 1. 1.- INSTIGACIÓN.

Artículo 24 del C. P. *“El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor.”* La inducción es la motivación o determinación dolosa (realizada con voluntad dolosa de inducir) que hace el inductor a otra persona hacia un determinado fin. El instigador o inductor, es aquel que hace surgir en otra persona la idea de cometer dolosamente un delito de manera significativa al haber hecho surgir la resolución delictiva – en base a una relación inmediata y personal entre éste y el destinatario de la instigación –, mediante un influjo psicológico, pero quien mantiene el dominio del hecho para la realización del delito es el inducido, porque es quien decide si ejecuta o no el hecho punible; y, si éste no comienza la realización del delito, no hay ni siquiera acto típico, por lo que no puede sancionarse al inductor por la inexistencia o consumación del delito; sin embargo, el legislador para los efectos de la pena lo equipara con la que le corresponde al autor, pero en realidad es una forma típica de participación.

La instigación es la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante el influjo psíquico a otro, de la resolución y realización por parte de este de un tipo de autoría dolosa, es posible afirmar que al inductor, además de querer la ejecución del hecho punible debe desplegar otra actividad igualmente dolosa: en principio, elegir al que será instigado y tratar de persuadirlo.

Determinar es convertir la voluntad del autor antes de la ejecución, porque éste es incapaz de realizar el hecho punible que quiere el autor y para tal efecto, lo convierte en capaz de realizarlo. El inductor no realiza, ni toma parte en forma material, en la realización del delito, su intervención debe estar centrada en ejercer una influencia psicológica sobre otra persona, con la finalidad de que el instigado cometa el hecho punible, quien es considerado como autor material.

La intervención del instigador debe llevarse a cabo mediante un contacto personal y directo con el instigado a fin de que pueda considerarse un

compromiso relacionado con anterioridad a la ejecución del delito, es decir, el instigado debe sentirse determinado ante el instigador, si bien es cierto éste último no realiza materialmente el delito, pero se encuentra vinculado con el origen y la idea de la comisión del hecho punible por el hecho de haberlo convencido de manera consciente y voluntaria, haber ejercido influencia en la decisión del inducido para que el delito se ejecute, motivo por el cual responde penalmente y se le impondrá una pena igual al autor material.

La inducción es una forma de participación moral; y consiste en hacer nacer en otro dolosamente la resolución de ejecutar el acto punible. El instigador debe crear en el instigado o inducido mediante el influjo psíquico, la voluntad de cometer el hecho punible, es quien concibe y quiere inicialmente el delito, al convencer o determinar a una persona para que materialmente lo cometa o ejecute, proporcionándole además información esencial para su ejecución e indicándole las acciones que debe realizar, es decir, el dolo del inducido tiene que surtir efecto al haber sido determinado intencionalmente para la ejecución o consumación del hecho punible, pero siempre existirá inseguridad en la producción del resultado, esto es, que el inducido ejecute el delito, motivo por el cual no cabe confundirlo con la autoría mediata.

Los requisitos de la instigación a nuestro criterio, son:

- 1) El instigador es quien concibe realmente el delito y se lo transmite a otra persona para que lo ejecute.
- 2) La instigación debe ser de tal magnitud que pueda conectarse de manera causal, desde el punto de vista psíquico, con la voluntad del instigado.
- 3) Es necesario que la incitación represente un incremento relevante del riesgo para que el inducido adopte y ejecute el delito.
- 4) La instigación debe ser directa, mediante una relación personal e inmediata entre el inductor y el destinatario de la inducción, hacia una persona en particular y un determinado delito. Esta exigencia impide

considerar a la inducción en cadena, en la que el inductor inicial incita a otro sujeto para que este induzca a su vez a un tercero.

5) Que sea eficaz, debiendo dejar al autor material la capacidad de decisión y aceptación sobre la ejecución, ya que de lo contrario el dominio del hecho lo tendría el hombre de atrás.

6) No se debe entender que nuestro ordenamiento penal hace del instigador un autor, sino que equipara en lo que respecta a la pena a los instigadores con autores.

7) El instigado tiene la posibilidad de prescindir de la comisión del hecho punible, porque puede presentarse un cargo de conciencia, por eso es que prima la inseguridad en la producción del resultado, al tener el dominio de la acción, por lo que a mi criterio es casi imposible la inducción mediante la intervención de un intermediario o tercero.

José Hurtado Pozo: *poco importa que el instigado tenga la libertad de escoger a quien va a instigar para que ejecute la infracción. Poco importa también que el primer instigador no sepa cuántos instigadores intermediarios van a intervenir. (...) el instigador puede ejercer su influencia directamente sobre la persona a instigar, pero también puede hacerlo por intermedio de un tercero. en este caso, persuade a éste para que convenza a quien debe ejecutar el delito (instigación en cadena).*²⁶³

Günther Jakobs, señala: *Si la inducción al hecho principal se lleva a cabo a través de personas que transmiten la inducción al autor principal (intervención en cadena), sólo cabe tratar como inductores a aquellos intervinientes de cuya voluntad el autor principal u otro inductor hacen depender su decisión, los demás son a lo sumo cómplices.*²⁶⁴

De lo anteriormente expuesto, tenemos que la instigación se configura cuando este consciente y voluntariamente influye en otra persona en forma directa y personal, determinándola para decidirla a cometer un delito. El instigador solamente debe responder en la medida que el hecho punible o delito concuerde con su intención, de tal manera que si hubiera exceso de parte del autor material, no debe responder por el agravante que hubiere

²⁶³ HURTADO POZO, José, cit, p, 892- 893

²⁶⁴ JAKOBS, Gunther, cit, p,809

incurrido el ejecutor material del hecho punible, que en muchas oportunidades se presenta.

La llamada instigación en cadena, se realiza valiéndose o utilizando o efectuando el convencimiento a través de diversas personas hasta llegar al ejecutor material, motivo por el cual este tipo de instigación no es aceptable jurídicamente por la carencia de lógica, pues resulta difícil de que se pueda producir este convencimiento, porque tiene que existir una persuasión personal y directa del instigador a fin de inducir o influir en el ánimo del inducido o el autor material del delito, porque tal como lo hemos expuesto, para persuadir a una persona y pueda surgir los efectos que se persigue, no puede ser conseguido con la intervención de terceros para convencer al autor material.

De acuerdo a este planteamiento significa que el autor por instigación tiene que convencer al primero de los instigados en forma personal y directa; pues para poder considerar que la decisión depende del primer instigador es necesario acreditar que éste debe haber dado el impulso decisivo hacia la comisión del hecho punible o haber hecho nacer en el instigado la voluntad de actuar delictivamente; debiendo existir una inducción o convencimiento en forma sucesiva a fin de que se produzcan las siguientes instigaciones hasta que finalmente se convenza al autor material, lo cual es sumamente difícil; es decir, cada instigado debe seguir convenciendo a los que lo suceden hasta llegar a instigar en última instancia al ejecutor del delito.

El instigador debe desarrollar una actividad para conseguir que el instigado se decida a cometer un determinado delito, razón por lo que una instigación en cadena es muy complicada que se pueda llevar a cabo por la intervención de diversas personas como inductores, pues lo que se requiere es una influencia espiritual o psíquica por parte del instigador, mediante una comunicación verbal que influya para que el delito se ejecute. El dolo del inducido tiene que producirse efectivamente en base a la comunicación con el instigador acerca de las acciones que puede realizar, además de las acciones que debe realizar y mover al destinatario del hecho a fin de que cometa el delito en la forma y circunstancia como lo desea el instigador.

IV. 3. 1. 2.- LA COMPLICIDAD

Es la colaboración en la perpetración de un delito con plena conciencia de su intervención, determinado por actos anteriores o simultáneos a su realización, puede ser psicológico, material o técnico; y sólo es posible su participación desde los actos preparatorios hasta los actos ejecutivos-, y represente un incremento relevante de las posibilidades de éxito del autor, poniendo en peligro o lesión de un bien jurídico; su conducta, debe ser de manera causal y que haya acelerado, asegurado o facilitado la ejecución del hecho punible; su contribución al delito no puede ser comparable con el autor, al no tener el dominio del hecho.

José Hurtado: *“La complicidad consiste en ayudar dolosamente a un tercero para que ejecute un hecho punible previsto en un tipo legal”*²⁶⁵.

No se puede calificar como cómplice al que haya intervenido después de la consumación del ilícito, porque éste se encuentra en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores, al prestar su colaboración o el favorecer en la realización del delito ajeno, no toma parte en el dominio del hecho o de la acción. Es la prestación de asistencia de cualquier modo para la realización del hecho punible, ya sea en la etapa previa a la iniciación de la ejecución del delito o en la realización, más no, cuando la intervención se produce después de la ejecución.

El cómplice debe querer, realizar el auxilio o ayuda que se comprometió a la producción del hecho al que se encamina, conociendo todo aquello que al intervenir se inserta en el hecho punible, la misma que puede ser mediante aportaciones irreemplazables o reemplazables, según el caso, para lo cual no se puede suprimir el aspecto objetivo de la complicidad, pues se exige que la acción realizada en la comisión del delito, debe ser antes de que haya concluido. Quien de manera imprudente coopera sin saber que está contribuyendo en la comisión de un delito, no tiene la condición de cómplice, pues el colaborador debe saber que con la acción que realiza está colaborando en la realización de un hecho punible que será ejecutado por otro a quien se pretende auxiliar.

²⁶⁵ HURTADO POZO, José, *op cit*, p, 897.

IV. 3. 2. 1. – CLASES DE COMPLICIDAD:

IV. 3. 2. 1. 1.- PRIMARIO O NECESARIO, cuando los actos realizados por el agente constituyen un aporte necesario o esencial o imprescindible para la ejecución del hecho punible, y por lo tanto se asimilan a los autores para los efectos de la punibilidad, encontrándose presente en la etapa de la preparación del delito, es quien auxilia a una completa realización del tipo. Subjetivamente consiste en considerar a la propia acción como parte de un todo a la que pertenece; y, objetivamente, la colaboración que se brinde al autor para conseguir el resultado querido sea eficaz o relevante

Julio Fierro: *“Siendo coherente con las concepciones expuestas en su momento, sólo una ayuda o colaboración dolosa en un hecho ajeno también doloso, es para nosotros complicidad punible. Quien, de un modo imprudente coopera sin saber que está contribuyendo a la comisión de una infracción delictiva, no es cómplice en el sentido de nuestra ley, pues aquel que colabora debe saber que su acción se encamina a la realización de un delito que será cometido por ese otro a quien se pretende auxiliar. Tampoco lo es, según ya vimos, quien ayuda al que comete una infracción”.*²⁶⁶

José Hurtado Pozo: *“La distinción entre la “complicidad primaria” y la “complicidad secundaria” depende de la importancia del aporte del partícipe (...) Una apreciación correcta de esta importancia implicaría llegar al convencimiento de que el aporte primario fue imprescindible para el autor. Y esto, por último, no está determinado por lo que piensa el partícipe sobre el carácter indispensable o no de su acto”*²⁶⁷.

Es indudable que para llegar a establecer la diferencia entre ambas, está supeditado a la ayuda o aporte que debe prestar cada uno de ellos al autor o coautores en la ejecución del delito, la misma que debe ser apreciada por el juzgador de acuerdo a las circunstancias en cada caso concreto y sobre un hecho determinado por actos anteriores o simultáneos a la ejecución del delito con el carácter de imprescindible y determinante; cooperación o ayuda debe ser esencial, sin el cual el hecho punible no se puede realizar.

²⁶⁶ FIERRO, Julio Guillermo, *Teoría de la participación criminal*, 2da edición actualizada, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, Buenos Aires, 2001, p. 479

²⁶⁷ HURTADO POZO, José, *op. cit.*, 909

IV. 3. 2. 1. 2.- SECUNDARIO, NO NECESARIO O ACCESORIO, cuando la colaboración prestada por éste en la realización del delito consiste en un aporte causal, porque sin su intervención, por no ser necesaria e imprescindible, también es posible la realización del injusto típico, en consecuencia, por su participación se le aplica una penalidad atenuada. De acuerdo a lo señalado en la segunda parte del artículo 25 del C. P. si la actuación del cómplice primario es imprescindible y necesaria, sin la cual el hecho no se realiza; en el cómplice secundario de manera residual y por exclusión tenemos que se señala: *“los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia (...)”* De tal manera, que su participación depende de la importancia o de la intensidad objetiva del aporte al delito y al momento en que realiza dicho auxilio, pero, al no ser indispensable su intervención para que el autor ejecute el delito, se ha de tener en cuenta las circunstancias de la participación en cada caso particular.

La participación para ser considerada como tal, se requiere de una convergencia de carácter objetivo y subjetivo, al considerar a la acción delictiva como parte de un todo; y, objetivamente es necesario tener en cuenta el grado del aporte o colaboración que se brinda al autor o autores a fin de que el hecho punible sea eficaz. En el caso del cómplice secundario esta colaboración no debe ser relevante y que incide manera mínima en la producción o perpetración del delito, pues la misma se puede ejecutar sin su intervención.

En cuanto a la pena imponerse, tenemos que el artículo 25° del C. P., al cómplice primario se le impondrá una pena que le corresponde al autor cuando su contribución en la comisión del hecho punible es importante, según las circunstancias en su perpetración en cada caso en particular. Al cómplice secundario de acuerdo al referido dispositivo legal, la pena se atenuará o disminuirá de acuerdo al grado de la participación, motivo por el cual se reduce la pena, porque no puede ser justo que se le pretenda imponer la misma pena que le corresponde al autor.

IV. 3. 3.- OPINIONES.

Jescheck, señala: *La complicidad es la cooperación dolosa con otro en la realización de su hecho antijurídico dolosamente cometido. El cómplice se limita a favorecer un hecho ajeno.*²⁶⁸

Luis Alberto Bramont Arias: *“El art. 25º C. P. habla de “prestar auxilio” sin mencionar los medios de la complicidad, lo que quiere decir que los medios de la complicidad son ilimitados, esto es, todo favorecimiento doloso de un hecho doloso ajeno constituye complicidad. Pueden ser intelectuales (psíquicos) o técnicos (físicos) (...),”*²⁶⁹.

Zaffaroni: *“(...) La Ley en ningún momento dice que todo cooperador necesario sea cómplice, sino sólo que todo cooperador necesario es cómplice. Ello es lógico porque media una profunda diferencia entre prestar una cooperación necesaria al hecho –que es lo que hace el ejecutor– y prestar una cooperación necesaria al autor del hecho, que es lo que hace el cómplice primario.”*²⁷⁰.

Tomás Gálvez Villegas: *“que la colaboración o auxilio para la realización de la conducta típica, debe de prestarse antes o simultáneamente con la realización de la conducta (...), por que si fuera con posterioridad, los hechos ya no constituirían colaboración para la materialización del delito, pues, éste ya estará realizado o consumado”*²⁷¹.

Hans Welzel: *“La complicidad tiene que favorecer (objetivamente) el hecho principal y este favorecimiento ser querido (subjektivamente) por el cómplice, para lo cual basta sólo el dolo eventual. Favorecer significa prestar una colaboración causal para la comisión del hecho principal”*²⁷².

Bustos Ramírez: *“La complicidad es la colaboración dolosa en un hecho doloso determinado por acto anteriores o simultánea a la realización. La colaboración necesariamente a de ser a un hecho determinado, luego con plena conciencia del hecho al que colabora. Por eso, tiene un carácter doloso y, además, necesariamente tiene que ser a un hecho doloso”*²⁷³.

²⁶⁸ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., T. II, p. 892.

²⁶⁹ BRAMONT ARIAS y BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código Penal Anotado*, cit., pp. 221-222.

²⁷⁰ ZAFFARONI, *Derecho Penal. Parte General*, cit., Vol. II, p. 75.

²⁷¹ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás A., “Autoría y participación en el delito de enriquecimiento ilícito”, en *Revista de Ciencias Penales*, N° 11, Lima, 2002, p. 469.

²⁷² WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, traducción de Bustos Ramírez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 171.

²⁷³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Definición y característica de la complicidad primaria”, *Obra Completas*, Tomo I, Ara Editores, Lima, 2004, p. 1088.

IV. 3. 4.- EJECUTORIAS SOBRE COMPLICIDAD

“La complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor y los coautores; que en el caso de autos, existen evidencias razonables que indican que el procesado tuvo plena participación en el plan urdido para despojar al agraviado de su pertenencia, por lo que su conducta reúne los tres requisitos que configuran la coautoría, esto es, decisión común orientada al logro exitoso del resultado, aporte esencial realizado y el tomar parte en la fase de ejecución desplegando un dominio parcial del acontecer”²⁷⁴.

“El acto de complicidad no puede darse después de la consumación del hecho delictivo, sino tan solo en la etapa de preparación y ejecución; y en el presente caso, la intervención del acusado se produce una vez que se había consumado el robo”²⁷⁵.

“Los dos elementos que caracterizan la categoría del cómplice primario son: i) la intensidad objetiva del aporte al delito; ii) el momento en que se realiza el aporte, teniendo como base este segundo supuesto la colaboración que se da en la fase preparatoria del hecho delictivo”²⁷⁶.

“La actividad desplegada por el procesado antes del asesinato de la víctima, movilizándolo a quienes debían ubicar a los sicarios, a pocas horas después del luctuoso hecho, contactándose con su coacusada y trasladándose luego a encontrarse con los sicarios, evidencia que también tuvo activa participación en el plan desarrollado para ultimar a la víctima, cumpliendo la función que le había sido encomendada, por lo que le alcanza responsabilidad penal por el ilícito investigado en calidad de cómplice primario.”²⁷⁷

“Cómplice es el que dolosamente colabora con otro para la realización de un delito doloso (...) A la primaria se hace referencia con la expresión: el que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado. A la secundaria con la expresión: A los que de cualquier modo, hubieran dolosamente prestado asistencia (...). El cómplice primario es aquel que otorga un aporte sin el cual no se hubiera podido cometer el delito. Al otorgar un

²⁷⁴ Exp. N° 4814 – 2000, Huanuco, de 26 de febrero de 2001 (CARO CORIA, Código Penal: Actuales tendencia jurisprudenciales de la práctica penal, cit., p. 173).

²⁷⁵ R.N. N° 1934 – 99, Ucayali, de 07 de julio de 1999 (CARO CORIA, Código Penal: Actuales tendencia jurisprudenciales de la práctica penal, cit., p. 179).

²⁷⁶ R.N. N° 3086 – 99, Lima, de 06 de octubre de 1999 (CARO CORIA, Código Penal: Actuales tendencia jurisprudenciales de la práctica penal, cit., p. 175).

²⁷⁷ R.N. N° 4612 – 99, Lima, de 30 de marzo de 2000 (CARO CORIA, Código Penal: Actuales tendencia jurisprudenciales de la práctica penal, cit., p. 178).

*aporte necesario al hecho, éste sólo podrá perpetrarse en la etapa de la preparación (...). Cómplice secundario es aquel que otorga un aporte que no es indispensable para la realización del delito, por ello es indiferente la etapa en que pueda otorgar su aporte, pero siempre antes de la consumación*²⁷⁸.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, podemos sostener que: La instigación conjuntamente con la complicidad configuran formas de participación en la comisión de un hecho delictivo tal como está previsto en el artículo 24º del C. P. y para ser aplicable es necesario tener en cuenta:

1) Instigador, es quien dolosamente realiza la conducta de determinar a otro para que cometa un hecho punible y está relacionado con la inducción o la incitación, a fin de crear en el autor la decisión de que realice el delito, es decidir a otro luego de haber formado su voluntad mediante influjo psíquico, como una consecuencia directa de la conducta efectuada por el instigador para la realización o a la ejecución del delito.

2) Cómplice, es el que dolosamente coopera con el autor para la realización de un hecho punible, el carácter necesario del auxilio que presta al autor resulta evidente en la medida en que el delito principal no puede cometerse sin tal ayuda y es lo que define a la complicidad primaria; se considera como participación necesaria, si es que se elimina la actuación de éste, el delito no se consuma, lo que demuestra que su intervención es importante.

Para dilucidar la diferencia de un cómplice primario del secundario, la norma penal se vale de un procedimiento hipotético de eliminación, esto es que mentalmente se verifique si el hecho se hubiera podido consumir o tentar dejando de lado la participación del cómplice y sin su concurrencia no se puede llevar a cabo la ejecución del delito es primario. Si la ayuda no es necesaria el partícipe tiene la condición de cómplice secundario, el delito se consuma sin la contribución del partícipe; cuando no existen elementos de juicio que permitan afirmar que su participación fue esencial e indispensable; es decir, su aporte no es necesario para la perpetración del delito, se requiere de una convergencia subjetiva y objetiva.

²⁷⁸ Exp. N° 5361 – 99 (en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 40, enero, Lima, 2002, p. 169).

IV. 3. 5.- DIFERENCIAS ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

La participación en la comisión de un hecho delictivo tiene como sustento la presencia de un autor en función de quien se tipifica el delito cometido.

a.- La autoría tiene la condición de principal, el autor es quien domina de manera real el acontecimiento delictivo y toma la decisión si el delito se comete o no, además de tener un deber específico de impedir el resultado típico, Es el que realiza todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo y de acuerdo a la teoría del dominio del hecho, el agente debe haber tenido bajo su mando o la dirección de todo lo necesario para el acontecimiento típico o la posibilidad de evitar el resultado.

b.- en tanto que, la participación es accesoria, independientemente de la sanción que pueda merecer cada uno de ellos, el contenido del injusto del participante o interviniente se deriva del hecho principal, porque no tiene el dominio del hecho, ya sea en la fase previa a la iniciación o en la ejecución del delito, la responsabilidad del partícipe viene condicionada por los actos realizados por el autor. El inductor es considerado como partícipe en el delito, se le impondrá la misma que le corresponde al autor. El partícipe se encuentra en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal.

El Tribunal Constitucional: (...) 34 Así, define como autor de delito doloso a “(a) aquel que mediante una conducción consciente de fin, del acontecer causal en dirección del resultado típico, es señor sobre la realización del tipo. Es decir, el autor puede manipular sobre el resultado del hecho y puede desistirse inclusive. En tanto que el partícipe está supeditado a la actuación del autor, pues su participación solamente se produce siempre que el autor, por lo menos arriba al grado de tentativa, sin el cual no hay complicidad ni instigación. Consecuentemente, el partícipe no tiene el dominio del hecho”.

(...) 35.- Es autor quien tiene el poder de manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aun siendo distinta, es considerada como un todo (...), y es partícipe aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no contribuye debidamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyuvar en su ejecución”²⁷⁹.

²⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 1805 – 2005 – HC/ TC, Lima, Caso Cáceda Pedemonte, publicado en la página Web del Tribunal Constitucional.

CAPÍTULO V

V.- DETENCIÓN PREVENTIVA JUDICIAL

V. 1.- CUESTIONES PREVIAS.

El disfrute de la libertad personal es la regla general y su privación es la excepción; la misma que está formada por todos los derechos inherentes a la persona, no se concibe su existencia sin los deberes y obligaciones que entraña su ejercicio. El goce de la libertad es también de responsabilidad jurídica y moral, por ello el Estado dadas las circunstancias autoriza a las autoridades a restringirla o privarla de ella, fijando reglas a fin de impedir el exceso, el abuso, la arbitrariedad e injusticia de parte de quienes ejercen el poder público y lo hagan de manera indebida; sin embargo, ante la frecuencia y sus trascendentales efectos negativos que ocasiona esta medida restrictiva en contra de presuntos inocentes, justifica ser cuestionada y la necesidad de un replanteamiento, como resultante del polémico y siempre el actualizado tema de la detención o prisión preventiva.

Tomás y Valiente, citado por José Francisco Etzeberria Guridi: *“El procedimiento penal inquisitivo ha sido siempre un arma autoritaria e intimidativa, tanto cuando quien la esgrimido ha sido el Estado como cuando fue ampliamente utilizada por la Iglesia. Todas las cortes europeas bajo medioevales comienzan a emplear el ius puniendi como arma política: por ello es lógico que en todas ellas arraigara el procedimiento penal inquisitivo”*.²⁸⁰

En la Constitución Política, los derechos y libertades, como normas fundamentales que solidariamente compromete a todos los actores que intervienen en la obra dinámica de realización de los valores

²⁸⁰ TOMÁS Y VALIENTE, *Derecho penal de la Monarquía absoluta*, citado por José Francisco Etzeberria Guridi en su obra *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal - Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*. Allí sostiene: *En los pueblos verdaderamente libres el ciudadano debe tener en sus manos medios eficaces de defender y conservar su vida, su libertad, su fortuna, su dignidad, su honor y el interés de los habitantes del territorio es ayudar al Estado para que ejerza libérrimamente una de sus funciones más esenciales, cual es la de castigar la infracción de la ley penal para restablecer, allí donde se turbe la armonía del derecho, no por esto deben sacrificarse jamás los fueros de la inocencia, porque al cabo el orden social bien entendido no es más que el mantenimiento de la libertad de todos y el respeto recíproco de los derechos individuales.*

constitucionales, como demostración de una estrecha relación entre la forma que adopta una determinada sociedad a fin de organizarse políticamente y el proceso penal como instrumento para combatir la delincuencia. El derecho en abstracto, es un ordenamiento capaz de ser impuesto por el Estado; y cuando es concreto, se refiere a un interés socialmente protegido en todas las democracias, al dictar las normas pertinentes para resguardar los bienes jurídicos y sancionar a quienes lo afecten.

La libertad jurídica se ha convertido en enemigo de la verdadera libertad humana y de la igualdad, que es, necesariamente: igualdad en el punto de partida, igualdad de posibilidades, igualdad de oportunidades. La idea de libertad física nace con el hombre y aparece concebida como la cesación de presiones externas, que pueden ser materiales, morales o intelectuales, en forma de estructura jurídica. La libertad obtenida como derecho, como facultad que tiene la persona de hacer o no hacer algo sin ningún tipo de restricción, asume características de reacción estatal ante el vínculo jurídico que es una amenaza de fuerza material contra el individuo que comete un delito y tienen eficacia si asumen formas de sanción; así comienza, también, su conocimiento de responsabilidad que acompaña a la experiencia de la libertad. El Estado le asigna derechos al hombre como la libertad, pero al mismo tiempo también deberes; y, cuando los incumple tiene que atenerse a las consecuencias señaladas en las normas penales y procesales.

El órgano jurisdiccional ante un caso concreto es quien toma la decisión al reconocer cual es el derecho que tiene más valor frente al otro, para tal efecto, lo hará en aplicación al principio de proporcionalidad y en base a razonamientos de índole social o política, sin tener en consideración el poder político imperante en general, ni el legislador en particular; sino que la determinación que tome al dictar una detención o prisión preventiva lo debe verificar en base a las pruebas existentes que justifiquen tal medida, según el estadio procesal en la que se encuentre, para lo cual ha de tenerse en cuenta que esta medida coercitiva tiene como finalidad asegurar la comparecencia del imputado en el curso del proceso y llegado el caso se

puede concluir que no es arbitraria, al no haberse vulnerado el debido proceso.

V. 2.- LIBERTAD PERSONAL Y SEGURIDAD

CONCEPTO.- Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo cual es responsable de sus actos. ²⁸¹

LIBERTAD PERSONAL.- Se considera, desde la manifestación de sus movimientos corporales de cada individuo y el reconocimiento jurídico de las garantías procesales, cuando existan hechos o indicios que autoricen la detención. ²⁸²

“La libertad es el bien jurídico de mayor categoría (...). Violarla en el individuo o quebrantarla en la sociedad constituye la más grave de las trasgresiones, el mayor de los peligros, el más trascendental de los daños”. ²⁸³

Víctor García Toma: *“Es indudable que la historia de la humanidad es un largo camino hacia la afirmación de la libertad, amén que dicho albedrío autodenominativo en su actuación coexistencial se encuentra garantizado por la ley. El ser humano nace libre, lucha por afirmarse como tal o en su defecto, brega por recuperarla ante los embates de los gobiernos autocráticos. En los tiempos actuales ella se ha convertido en el pendón de todos los pueblos (...). La humanidad siempre ha tenido un solo norte: Que el hombre sea genuina y cabalmente libre.*

La libertad es un atributo inherente al ser humano por su sola condición de tal. Esta facultad natural debe ser concebida como expresión de albedrío y debe ser ejercitada dentro de las limitaciones legales impuestas por el Estado para afirmar la plena convivencia social, a efectos de que la libertad de uno no avasalle, no vulnere ni interfiera al libertad de los demás” ²⁸⁴.

La libertad, es el bien jurídico que la Constitución Política le brinda mayor protección – después de la vida –, motivo por el cual el Estado prescribe una serie de normas para protegerla y evitar el abuso de parte de las autoridades quienes tienen la obligación de respetarla, al mismo tiempo que se imponen deberes que debemos tener en cuenta todas las personas a fin de que no se

²⁸¹ Cabanellas, Guillermo.- *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo V.- Pág. 177.

²⁸² Cabanellas, Guillermo.- *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo V.- Pág. 184

²⁸³ *Enciclopedia Jurídica Omeba*.- Tomo XVIII.- pág. 427

²⁸⁴ García Toma, Víctor, *Los Derechos Humanos y la Constitución*, Gráfica Horizonte S. A., Lima, 2001, p, 171

haga un uso indiscriminado de ellos, pues para poder privarla deben cumplirse determinados requisitos que haya infringido la persona.

V. 2. 1.- LIBERTAD Y SEGURIDAD PERSONALES.- La Constitución Política del Estado en el inciso 24) del artículo 2º, señala: Toda persona tiene derecho a la **libertad y seguridad personales**.

Los términos *libertad y seguridad*, han dado lugar a que se suscite una situación muy especial, respecto a que si son términos complementarios o son distintos o integran uno solo.

Seguridad personal.- *“Convicción del respeto de un mismo por los demás, mientras se ejerza el derecho y se cumpla el deber”²⁸⁵.*

Es un derecho y por consiguiente deben estar ausentes las perturbaciones que puedan restringir la libertad personal, como la detención o prisión, en tanto se de cumplimiento a los deberes asignados por el Estado. Es un contenido paralelo a la noción de libertad personal, es soporte y compañera de la libertad personal. Terminología diferente a:

Seguridad jurídica.- Es el principio constitucional que debe tenerse en cuenta en la interpretación de todo derecho fundamental, sin consagrar de manera autónoma derecho fundamental alguno. Es un medio protector de la seguridad personal.

Seguridad ciudadana.- Constituye la seguridad material de las personas y bienes de los ciudadanos frente a los ataques (violentos o fraudulentos) procedentes de actos humanos.

La privación de libertad no puede, ni debe ser arbitraria o lo que es lo mismo no puede ser irracional o contrario a la idea de justicia, se tiene que ajustar a lo tipificado en la ley penal y al proceso establecido antes de la comisión de un delito. La privación de libertad dispuesta judicialmente, ha sido y será impugnada en todos los tiempos, ya sea en su concepción teórica, en su postulación legislativa y en su realidad carcelaria. El Estado debe indicar por medio de la ley, las circunstancias objetivas que estima indispensable y legítimo para poder privar de libertad al individuo. Esto significa, que para decretarla en contra de quien se le imputa la comisión de

²⁸⁵ Cabanellas, Guillermo, *op cit.* p, 330.

un delito, debe primar el principio constitucional, penal y procesal penal de **legalidad**.

V. 2. 2.- DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL.

Con la privación de libertad se presenta la existencia de una grave contradicción, entre la garantía constitucional de la presunción de inocencia y la detención o prisión preventiva judicial, evidentemente incompatibles, entre una y otra, porque la existencia de la primera, no debería permitir la presencia de la segunda, desde el momento en que ésta última se convierte en una pena anticipada fundada en una simple sospecha, que origina un irreducible y no solucionado conflicto que aumenta cada día, al enfrentar el interés social y el interés individual, mientras que, la sentencia definitiva cuando se dicta, llega “tarde, mal o nunca”. Dando lugar a un conflicto entre el derecho fundamental de la libertad y las violaciones que se originan en muchas oportunidades al dictar esta medida coercitiva.

Las ideologías políticas y las palabras ingeniosas en ninguna materia son tan peligrosas como en el Derecho Penal y Procesal Penal, que sirven como máscara a quienes detentan el poder político bajo un simulado aparato jurídico, detrás del cual se ocultan los más dañosos abusos, reflejado en la creación de nuevas figuras delictivas o agravando las penas; ampliación de los plazos de detención, el recorte de beneficios penitenciarios para que un procesado continúe privado de su libertad, debido a que estas normas entran en vigencia de inmediato, pero, a nuestro criterio, de ninguna manera pueden ser aplicadas retroactivamente, cuando son perjudiciales al imputado.

Luis M. García, al referirse a la tutela contra detenciones arbitrarias dictadas en contra de un imputado, señala que tiene protección a nivel nacional y en los tratados internacionales: *“En este punto procederemos a analizar los textos de los distintos instrumentos internacionales que hacen al objeto de este trabajo. Los primero que se advierte es que ellos reconocen, en primer lugar, el derecho a la libertad y a la seguridad personal. (...) Se ha entendido que por “libertad” y “seguridad personal” los Pactos se refieren a la libertad física de los*

individuos, que ambos conceptos carecen de un significado separado y que la frase empleada debe ser leída en su conjunto (...).²⁸⁶

Gonzáles Ayala: *“Sólo puede hablarse de “seguridad personal” en tanto en cuanto los componentes de un ente colectivo adquieren conciencia de que siendo la libertad un derecho de todos los hombres, no podrán ser privados de ella sino en determinadas condiciones; la persuasión de que a nadie perturbará nuestra existencia, privándonos de la libertad injustamente mientras no traspasemos el límite de nuestro derecho”*²⁸⁷.

En los procesos penales la actuación del imputado es una clara y evidente demostración de la existencia de un ardoroso combate, por el constante afán de una **“lucha por el derecho”, “por el debido proceso”, “por la seguridad jurídica del país”**, nunca terminado. Porque toda la opinión pública es consciente que la crisis del sistema judicial, además de ser crónica, siempre es una realidad que se presenta como un exigente desafío porque más allá de lo técnico tiene una profunda dimensión política, al constituir un atentado contra la seguridad jurídica, cuando se decreta la detención o prisión preventiva de un imputado para recién empezar la investigación judicial o fiscal, dando lugar a que sea el procesado quien debe desplegar todos sus esfuerzos por demostrar que no se ha acreditado la comisión del delito o no es responsable penalmente.

Verificamos que nuestra jurisprudencia constitucional, la Suprema y la doctrina sostienen que para la aplicación de las medidas coercitivas personales – cuya profunda incidencia en contra de la libertad y seguridad personal la condiciona en términos muy estrictos –, se requiere como presupuesto básico la existencia de suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito, que el sujeto ha intervenido en éste y que existen riesgos relevantes para el proceso, ante el peligro de fuga o perturbación de la actividad probatoria, por parte del imputado. Mientras que, de acuerdo al C. P. P., se requiere que existan fundados y graves elementos de convicción para que el juez estime razonablemente que se ha cometido el delito

²⁸⁶ *García, Luis, cit, p, 174*

²⁸⁷ *GONZÁLES AYALA, Las garantías constitucionales de la detención. Los derechos del detenido, cit., p. 37.*

imputado y que el sindicado como autor o partícipe se encuentra vinculado como tal.

V. 2. 3.- PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL EN LA CONSTITUCIÓN Y TRATADOS INTERNACIONALES

La institución de la libertad personal, legalmente está protegido por la Constitución Política, la cual postula un profundo respeto por el derecho a ella, corporal y física que deben gozar todos los ciudadanos, las mismas que han sido recogidos de diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, detallándose en los artículos 2º, inciso 2) y 24), literales b), e) y f); 51º y 139º, inciso 3).

En el mismo sentido, los Tratados Internacionales sobre derechos humanos; y conforme a la Cuarta Disposición Final de nuestra Constitución, se señala que estos deben ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Convenios Internacionales.

El ordenamiento jurídico nacional y nuestra jurisprudencia han regulado la libertad personal, de acuerdo a lo siguiente:

Artículo 135º del C. P. P. 1991, modificado por las leyes 27226 y 27553, al precisar que para disponer la privación de libertad no se debe considerar la pena prevista para el delito imputado, como criterio de que intenta eludir a la justicia.

El artículo 137º del C.P.P. 1991, modificado por la Ley N° 28105 Decreto Legislativo 983.

El Decreto Legislativo 922: artículo 4º.

Decreto Legislativo 957, NCPP – 2004, vigente actualmente, en algunos distritos judiciales.

Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional peruano al sostener que para decretar detención preventiva judicial deben concurrir conjuntamente los tres requisitos previstos en el artículo 135º del C. P. P.

Asimismo, los principales Tratados Internacionales que regulan el derecho de la libertad personal.

En el artículo 9º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XXV.

Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica, señala en el artículo 7. 5º que toda persona tiene derecho a la libertad.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone en su artículo 9º, inciso 1): que todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. (...).

La Convención Europea de Derechos Humanos, en su artículo 5º, inciso 1). Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad (...).

El inciso 2) del artículo 17º de C. E.

Sentencias dictadas la Corte Interamericana de Derechos Humanos que identifica expresamente el principio *pro homine*.

Luis M. García, Santiago Octaviano y otros, llevaron a cabo una investigación en la Universidad Austral de Argentina sobre la influencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos: *“tanto la detención como la prisión encuentran idéntica protección en los instrumentos internacionales. Es así como los pactos garantizan la existencia de un recurso sencillo y rápido que permita a un juez o tribunal verificar la legalidad del arresto o detención y ordenar la libertad de la persona ilegalmente privada de su libertad (...)”*²⁸⁸

Como verificamos de acuerdo a la cita antes referida, la protección a la libertad personal basado en tratados internacionales, es de aplicación en otros países al igual que el nuestro, tal como se verifica en la Cuarta Disposición Final de la Constitución Política, al señalar de manera expresa: cuando en nuestra legislación se trata de interpretar lo relacionado con la libertad personal, se debe tener en cuenta lo establecido o normado en los pactos internacionales sobre derechos humanos, como una garantía a favor de todo individuo que es afectado con una medida de detención o prisión

²⁸⁸ GARCÍA, Luis M. *Los Derechos Humanos en el Proceso Penal*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L., Buenos Aires, 2002, P, 177.

preventiva, como sucede en muchas oportunidades al ser decretada en forma arbitraria por algunas autoridades.

V. 2. 4.- GARANTÍAS PENALES Y PROCESALES QUE PROTEGEN LA LIBERTAD PERSONAL

Existe coincidencia acerca de la existencia de obligaciones de parte de los Estados de respetar derechos y garantías fundamentales relacionados con la libertad de las personas, al proteger el libre y pleno ejercicio a todo procesado que se encuentre sujeto al órgano jurisdiccional; es necesario que los jueces tengan en consideración las garantías que existen a favor de los justiciables antes de decretar detención o prisión preventiva judicial, porque si al hacerlo se violan éstos derechos, los afectados pueden recurrir al proceso constitucional de hábeas corpus a fin de que se dejen sin efecto la injusta privación de libertad decretada en contra del imputado, derechos que se encuentran reconocidos por la Constitución Política y los Tratados Internacionales, para evitar abusos y arbitrariedades de los funcionarios o autoridades que la decretan, vulnerando los derechos fundamentales.

Luigi Ferrajoli. *“Es claro que el derecho penal mínimo, (...) le corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos, sino también a un ideal de racionalidad y certeza. (...) A este criterio son referibles instituciones como la presunción de inocencia del imputado hasta la sentencia definitiva, la carga de la prueba a cargo de la acusación, el principio del indubio pro reo, la absolución en caso de incertidumbre sobre la verdad fáctica y, por otro lado, la analogía in bonam partem, la interpretación restrictiva de los supuestos típicos penales y la extensiva de las circunstancias eximentes o atenuantes en caso de dudas sobre la verdad jurídica..”* ²⁸⁹

En el inciso 3 del artículo VII del Título Preliminar del NCPP – 2004, la Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas (...) o establezca sanciones procesales será interpretada restrictivamente. Se reconoce la interpretación extensiva y la analogía, solamente, cuando favorecen a la libertad del procesado o el ejercicio de sus

²⁸⁹ Luigi Ferrajoli.- *Derecho y Razón*, Editorial Trotta S.A., Madrid, 1995, p. 105.

derechos, y en caso de duda sobre la Ley aplicable, se debe estar a lo más favorable al reo.

Para que se de cumplimiento a estos objetivos se debe tener en cuenta las **diez garantías penales y procesales**, señaladas por Luigi Ferrajoli y que se encuentran ligados entre sí:

“1.- *El principio de la retributividad o de la pena. Nulla poena sine crimine.*

2.- *Principio de legalidad, en sentido lato estricto. Delito. Nullum crimen sine lege.*

3.- *Principio de necesidad o de economía del derecho penal. Nulla lex (poenalis), sine necessitate.*

4.- *Principio de lesividad o de la ofensividad del acto. Nulla necitas sine iniuria.*

5.- *Principio de la materialidad o de la exterioridad de la acción. Nulla iniuria sine actione.*

6.- *Principio de la culpabilidad o de la responsabilidad penal. Nulla actio sine culpa.*

7.- *Principio de la jurisdiccionalidad, también en sentido lato o estricto. Nulla culpa sine iudicio.*

8.- *Principio acusatorio o la separación entre juez y acusación. Nullum iudicium sine accusatione.*

9.- *Principio de la carga de la prueba o de verificación. Nulla accusatio sine probatione.*

10.- *Principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación. Nulla probatio sine defensione”* ²⁹⁰

Estos diez principios, ordenados y conectados, definen el modelo garantista del derecho. El Derecho Penal como fundamento político – criminal precisa la intervención punitiva del Estado como norma preventiva; es al mismo tiempo una limitación al poder del Estado en cuanto a la pretensión de privar de la libertad a las personas. Estas garantías protegen al individuo de la acción de la policía, de la administración de justicia y el régimen penitenciario; toda vez, que solo puede ser privado de su libertad por causas señaladas expresamente en la ley y de manera inequívoca, de acuerdo al principio de legalidad.

²⁹⁰ Luigi Ferrajoli, cit.- pág. 93

Los principios antes referidos a que hace alusión Luigi Ferrajoli, son sustentos como derechos fundamentales a favor de toda persona a quien se le imputa un hecho delictivo y deben ser tomados en cuenta para llegar – previo procedimiento señalado en la ley procesal –, para establecer que el imputado es responsable penalmente y que tiene como principal sustento el principio de legalidad penal o procesal, porque los actos o conductas con lideradas como punibles o procedimientos para imponer una pena, deben estar descritos en la ley con anterioridad a la comisión del delito para que mediante un debido proceso se pueda acreditar que se ha realizado y la culpabilidad; previo ofrecimiento, actuación y valoración de los medios probatorios, en la etapa de juzgamiento. La libertad no puede ser ejercida en forma absoluta, porque hacerlo existiría el caos y desgobierno en la sociedad donde se desenvuelve al violar el derecho de los demás.

La libertad personal se encuentra protegida como garantía de los derechos fundamentales en la Constitución Política del Estado – apartado f, inciso 24 del artículo 2- *“nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito motivado del Juez (...)”*, y en los Tratados Internacionales, lo que significa que para disponer la detención o prisión preventiva de una persona, solamente debe decretarse en cumplimiento a los presupuestos establecidos en la ley procesal y por causas fijadas en ella; así como también por un juez predeterminado en la ley, antes de la comisión del delito, mediante la observancia efectiva de las normas procesales y la intervención jurisdiccional es imprescindible y necesaria – salvo el caso de la policial –, pero lamentablemente, en algunos casos es abusiva y arbitraria.

A todo procesado se lo presume inocente en tanto no se declare su culpabilidad penal luego de un debido proceso, además, que se respete el derecho de defensa, el principio de “igualdad de armas”, basado en la contradicción que se deriva en la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y de defensa, idénticas posibilidades y cargas de alegación, así como de los recursos de impugnación que la ley lo faculte. Al decretar la prisión o detención preventiva judicial, verificamos que la privación de libertad a un imputado muchas veces se ejecuta cuando aún no

se ha demostrado su culpabilidad, motivo por lo que no se justifica que se disponga la detención o prisión preventiva a quien se le presume inocente, constituyendo muchas veces un adelanto de pena.

V. 3.- MEDIDAS COERCITIVAS PERSONALES.

Algunas medidas específicas, - que la ley las precisa- permiten a los jueces restringir los derechos fundamentales de una persona en procura de garantizar los fines de un proceso penal y la eficacia en la persecución de un delito; estas restricciones personales pueden ir desde la disposición de una simple comparecencia, hasta la detención o prisión preventiva, privando al imputado severamente de su libertad circulatoria, de comunicación y de libre tránsito. Sólo la ley procesal puede establecer cuándo y cómo se priva o limita la libertad, señalando las excepciones, exigiendo proporcionalidad entre el derecho a la libertad, de acuerdo a la lesión al bien jurídico afectado y su vinculación como autor o partícipe, de modo que llegado el caso, se excluyan y se rompa este equilibrio, en resguardo de este derecho.

El proceso penal es la salvaguarda de la libertad y la convivencia en nuestra sociedad, las conductas consideradas como delitos son reprobadas por ésta al lesionar los bienes jurídicos y por alterar la tranquilidad en la ciudadanía se ve amenazada por la inseguridad que produce la comisión de un delito; pero ella se ve amparada cuando el derecho penal recurre a él como su instrumento para sancionar al autor o partícipe vinculado a éste, motivo por el cual, en algunos casos el imputado debe ser apartado temporalmente de las ventajas de la vida en libertad, dictándose las adecuadas medidas cautelares en su contra, con la finalidad de garantizar la sujeción de éste al proceso penal y a la posterior pena que le imponga..

El hombre tiene una pretensión de seguridad frente al Estado, quien debe brindar a todos los ciudadanos las medidas pertinentes para proteger su libertad, lo cual nos lleva al convencimiento que toda persona que es sometida a un proceso penal siente necesidad de justicia, de certidumbre, de tranquilidad y de seguridad jurídica de parte de los jueces cuando dictan sus resoluciones o sentencias; porque muchas veces, no encuentran dicha protección al ser decretadas sin evidencias, indicios o elementos de juicio

razonables de la comisión del delito, ni mucho menos que el autor o partícipe esté vinculado al hecho punible o que pretenda fugar o perturbar la actividad probatoria u obstaculización para el esclarecimiento de la verdad.

V. 3. 1.- CLASES DE MEDIDAS COERCITIVAS

Se aplican en los casos que la ley procesal penal lo señala y pueden ser:

a).- Comparecencia simple, esto es, la sola exigencia de la concurrencia de un inculcado ante la autoridad cada vez que sea citado, sin ser privado de su libertad ambulatoria.

b).- Comparecencia restringida, determinan ciertas limitaciones como:

1.- La detención domiciliaria (pérdida de libertad en su domicilio).

2.- La obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución.

3.- La obligación de no ausentarse de la localidad en que reside o presentarse a la autoridad en los días que se fijen.

4.- La prohibición de comunicarse con determinadas personas.

5.- La prestación de una caución, económica, si las posibilidades del imputado, lo permiten.

c).- Detención carcelaria, cuando el imputado ve restringida severamente su libertad ambulatoria al ser internado en un establecimiento penal, ya sea por una detención o prisión preventiva o en virtud de una sentencia condenatoria con pena efectiva

d).- Detención policial, cuando la Policía ejecuta la detención de una persona sin mandato judicial, al sorprender al autor en flagrante delito al ser descubierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo.

e).- Arresto ciudadano, toda persona podrá proceder al arresto en los casos de flagrancia delictiva.

f).- Detención preliminar judicial, el Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Fiscal, sin trámite alguno y con actuaciones realizadas dictará detención en determinados casos.

g).- Incomunicación, cuando el imputado se encuentra con mandato de detención preventiva, sólo podrá comunicarse con su abogado y las que no requieren autorización previa no pueden ser prohibidas.

g).- Impedimento de salida del país o de la localidad donde domicilia o del lugar donde se le fije que debe residir.

V. 4.- DEFINICIÓN.

Vincenzo Manzini: *“consiste en una limitación más o menos intensa de la libertad física de una persona, por una finalidad procesal (...).El interés predominante que determina la aplicación de las providencias de coerción personal de que se trata, es el de asegurar la presencia del imputado en los actos del proceso, y eventualmente la de su disponibilidad para la ejecución de la condena”*²⁹¹

Francesco Carnelutti: *“El carácter de las medidas coercitivas está en sujetar a la persona a una potestad, a la cual corresponde su sujeción; la sujeción, a diferencia de la obligación, excluye la elección”*²⁹².

Giovanni Leone: *“ (...)necesidad de asegurar la disponibilidad del imputado, como fuente de prueba; necesidad de impedir que el imputado pueda influir sobre la genuina recepción de la prueba; (...); necesidad de defensa social proporcionada a la gravedad del delito y a la peligrosidad del imputado,”*²⁹³.

Claus Roxin señala: *“A.- Fin y significado de la prisión preventiva.*

I. La prisión preventiva en el proceso es la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena.

Ella sirve a tres objetivos:

Pretende asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal.

Pretende garantizar una investigación de los hechos, en debida forma, por los órganos de la persecución penal.

*Pretende asegurar la ejecución penal”*²⁹⁴.

Clariá Olmedo: *“es una rigurosa medida de coerción personal adoptada por el juez penal de instrucción contra el imputado a quien se lo procesa por un delito conminado por lo menos con pena privativa de libertad. (...), mientras se instruye el*

²⁹¹ MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ediar.Sociedad Anónima. Editores, Buenos Aires, 1949, T. III, p. 554.

²⁹² CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones sobre el Proceso Penal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cia. Editores, Buenos Aires, 1950, Vol. I, p. 85.

²⁹³ LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, .Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, T. II, p. 259.

²⁹⁴ ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 257.

*proceso como medio de asegurar el desarrollo del mismo y la efectiva ejecución de la posible condena*²⁹⁵.

Odone Sanguiné: *“es la privación de la libertad personal del imputado, pero que jurídicamente todavía es inocente, por un delito de especial gravedad, ordenada por una resolución jurisdiccional de carácter provisional y duración limitada, antes de que recaiga sentencia penal firme, con el fin de asegurar con el proceso de conocimiento con la presencia del imputado durante el proceso a la ejecución de la eventual y futura pena*²⁹⁶.

Julio J. B. Maier: *“el hecho de reconocer que el principio de inocencia no impide la regulación y aplicación de medidas de coerción durante el procedimiento (...) Este principio rector, que preside la razonabilidad de la regulación y aplicación de las medidas de coerción procesales, se puede sintetizar: repugna al Estado de Derecho, previsto en nuestro estatuto fundamental, anticipar una pena al imputado durante el procedimiento de persecución penal. Si ello es así, se debe poder establecer alguna diferencia de significación entre la pena y las medidas de coerción procesales*²⁹⁷.

Vicente Gimeno Sendra y otros: *“(...) a).La detención es, ante todo, una medida cautelar del objeto procesal penal, (...) es de carácter personal.*

b). presenta dos especialidades, atinentes a los elementos de la “jurisdiccionalidad” y de la “provisionalidad” que manifiestamente la diferencia de las demás.

c). El objeto material sobre el que recae esta medida cautelar es la “libertad deambulatoria” o derecho a la libertad de movimiento. (...)

d). Al incidir sobre uno de los derechos fundamentales más preciados, la detención está sometida al principio de proporcionalidad. (...)

e). El cumplimiento de la legalidad en la adopción y ejecución de esta medida se asegura material y procesalmente: a) desde un punto de vista material su inobservancia puede dar lugar a una oportuna pretensión civil resarcitoria (...); b) procesalmente se garantiza mediante la posibilidad de incoar el procedimiento de “Hábeas Corpus”.

²⁹⁵ CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, .Ediar Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1964, T. V. p. 217.

²⁹⁶ SANGUINÉ, Odone, *La prisión provisional y los derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 27.

²⁹⁷ MAIER, *La Ordenanza Procesal Penal alemana*, cit., T. I, p. 512.

f). La adopción de esta medida cautelar se encuentra condicionada en algunas ocasiones al cumplimiento de determinadas circunstancias objetivas y subjetivas; es lo que se conoce como prerrogativa o fuero de la detención (...).²⁹⁸

M^a Dolores Gonzáles Ayala: “El derecho a la libertad personal implica la responsabilidad de restricciones o privaciones de libertad ilegítimas, lo que no impide que pueda excepcionarse estos, suspenderse o restringirse en aquellos supuestos en los que existe un interés superior que prevalece frente a ella, y siempre «en los casos previstos en la ley»²⁹⁹.

Carlos Rubianes: “El primer matiz que presenta la detención es el considerarlo como el acto mismo en que una persona que está gozando de su libertad locomotora, es privada de ella, debido a que es posible autor de un delito.”³⁰⁰

Arsenio Oré Guardia: “La aplicación de cualquiera de las medidas contempladas en la «escala coercitiva» exige, por los demás, una cierta base probatoria(...), cuanto más grave la medida coercitiva, mayor debe ser el respaldo de elementos de juicio que sustenten la verosimilitud de la responsabilidad del acusado”³⁰¹.

Sara Arangoneses Martínez: “La prisión provisional (o prisión preventiva) supone la privación interina de libertad del encausado, durante la tramitación del procedimiento penal, dentro de los plazos señalados en la ley”.³⁰²

Luis E. Roy Freyre,: “La privación de la libertad ambulatoria decretada por el juez penal al inicio o en el curso de un proceso, tanto para asegurar el sometimiento del encausado a la aplicación de una pena con prognosis grave, o relativamente grave, como también para evitar, al mismo tiempo, que perturbe la actividad probatoria”.³⁰³

Alberto Binder: “Sólo será legítima desde el punto de vista de la Constitución si es una medida excepcional, si su aplicación es restrictiva, si es proporcionada a la violencia propia de la condena, si se respeta los requisitos sustanciales- es decir, si

²⁹⁸ En GIMENO SENDRA et al., *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 485.

²⁹⁹ GONZÁLES AYALA, *Las garantías constitucionales de la detención. Los derechos del detenido*, cit., p. 46.

³⁰⁰ RUBIANES, Carlos J., *Derecho Procesal Penal*, T. III, Depalma, 1985, Buenos Aires, p. 100.

³⁰¹ ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Editorial Alternativas, Lima, 1995, p. 167.

³⁰² ARANGONESES MARTINEZ, Sara y otros, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A., Madrid, sexta edición, 2003, p. 399.

³⁰³ ROY FREYRE, Luis E., *La Detención Preventiva en el Perú*, en *Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor*, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1992, p. 525

hay una mínima sospecha racionalmente fundada-, si se demuestra claramente su necesidad para evitar la fuga del imputado, si está limitada de un modo absoluto y se ejecuta teniendo en cuenta su diferencia esencial, respecto de una pena. ³⁰⁴

Víctor Cubas Villanueva: *“Es una medida coercitiva de carácter personal, provisional y excepcional, que dicta la autoridad judicial competente en contra de un imputado en virtud del cual se restringe su libertad individual ambulatoria a fin de asegurar los fines del proceso penal. Este mandato está limitado a los supuestos que la ley prevé”* ³⁰⁵

Pablo Sánchez Velarde: *“Se trata de una medida judicial necesaria prevista en todos los ordenamientos jurídicos, que significa la intromisión que ejerce el poder estatal en la esfera de la libertad de la persona, sin que exista una resolución firme que la justifique. (...)”*

*Sin embargo, dada la forma como se regula y se interpreta la detención en nuestro ordenamiento – y que no cuesta mucho admitirlo – aparece no sólo como una medida cautelar en los casos que no proceda comparecencia, sino como **pena anticipada** para los delitos castigados con pena privativa de la libertad superior a cuatro años, sea por la alarma social del hecho como por la frecuencia de ilícitos análogos. Además, como **medida de seguridad** por los mismos supuestos”* ³⁰⁶

La detención o prisión preventiva se encuentra en el centro entre dos intereses, que se oponen entre sí, tales como: 1).- el respeto al derecho a la libertad que tiene todo imputado, 2).- y a conseguir la eficacia para aplicar la sanción al autor o partícipe del delito cometido una vez acreditada su culpabilidad, como medio para restablecer el orden y la paz social; es una medida restrictiva de carácter excepcional, porque no puede ser automática en su ejecución, ya que debe estar condicionada en cada caso concreto a las circunstancias, los hechos, a las pruebas actuadas y proporcional al fin que se persigue. Es provisional porque no debe confundirse con la pena y puede ser revocada por el Juez si se cumplió con el objetivo que se perseguía al decretarla o nuevos actos de investigación ponen en cuestión que dieron lugar a dicha medida.

³⁰⁴ BINDER M, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Copyright by Ad- Hoc S. R. L., primera edición, abril 1993, Buenos Aires, P, 204

³⁰⁵ CUBAS VILLANUEVA, Víctor.- *El Proceso Penal. Teoría y Práctica*, pág. 236

³⁰⁶ SÁNCHEZ VELARDE, *Comentarios al Código Procesal Penal*, cit., p. 205.

De lo anteriormente expuesto tenemos que para los efectos de que un juez decreta detención o prisión preventiva judicial, se debe tener en cuenta lo siguiente:

- a). La legitimidad de la detención.
- b) Tiene que ser decretada por la autoridad judicial, al tratarse de una actividad apremiante y fundada en una necesidad pública de justicia, en resguardo de la sociedad que ha sido afectada por la comisión de un delito.
- c) Depende de la realidad jurídica o judicial y las características del hecho punible,
- d) La libertad de un procesado es la regla; no se debe detener para investigar, sino que primero se debe investigar para detener.
- e) Deducir razonablemente la existencia del delito y la vinculación del autor o partícipe, porque es una medida excepcional, racional y proporcional. Sólo se puede dictar cuando sea necesaria, indispensable y urgente,
- f) Para privar de libertad preventivamente a un procesado, el juez debe tener en cuenta los requisitos previstos en la norma procesal que deben concurrir conjuntamente,
- g) La existencia de medios probatorios o indicios razonables de la comisión del delito denunciado y la vinculación del autor con el mismo. Este es un límite sustancial y absoluto, sino existen, no procede decretarla,
- h) La prognosis de la pena, es decir, a criterio del juez que al imputado se le pueda imponer más de 4 años de pena privativa de libertad.
- i) Que objetivamente exista la posibilidad de fuga del imputado y que pueda obstaculizar el esclarecimiento de la verdad; el Juez trata de predecir un comportamiento a futuro del imputado.
- j) Que concurren los principios de excepcionalidad, necesidad, provisionalidad, razonabilidad, proporcionalidad, legalidad, motivación y jurisdiccionalidad, para decretar la medida de detención o prisión preventiva.
- k) No hay diferencia esencial con la pena, por que en ambos se debe aplicar teniendo la certeza del delito y culpabilidad.
- l). Son medidas que tienen por objeto garantizar el normal desarrollo del proceso y la eficaz aplicación del *ius puniendi*.

m) Es cautelar por su naturaleza común a todas las medidas precautorias y su cese se justifica cuando se ha cumplido la finalidad prevista y sea posible reemplazarla por otra medida coercitiva menos intensa,

n) Debe tener como sustento el debido proceso caracterizado como un derecho objetivamente reconocidas en la Constitución, tales como jurisdicción, procedimientos preestablecidos, derecho de defensa, instancia plural, legalidad procesal y penal, etc.,

o) Que el proceso no es un instrumento en si mismo arbitrario, sino que es un mecanismo rodeado de una serie de requisitos o presupuestos compatibles con la justicia.

p) La situación jurídica de quien se encuentra detenido preventivamente es imprecisa al existir una presunción o sospecha en su contra, sin haberse demostrado su culpabilidad.

q) La detención o prisión preventiva no sea indefinida, debe ser aplicada dentro de un plazo razonable. Es decir, una duración limitada por su carácter interino.

r) Contradicción con la garantía constitucional de presunción de inocencia, al resultar incoherente con la detención o prisión preventiva, al ser privado de la libertad locomotora al imputado, muchas veces al inicio del proceso.

s) Los jueces deben variar de oficio la medida de detención o prisión preventiva cuando se han verificado nuevos actos de investigación que cuestionen las suficiencias de las pruebas que dieron lugar a la aplicación de la privación de libertad.

t) El derecho de defensa que debe tener toda persona que se encuentra sometido a un proceso penal.

u) El derecho a la pluralidad de instancia, es decir, que el imputado impugne la privación de libertad cuando ésta es dictada al iniciarse el proceso penal, ya sea, el auto apertorio de instrucción o en el auto que dispone el inicio de la investigación preparatoria.

v) El derecho a no ser obligado a declarar o reconocer su culpabilidad contra si mismo o guardar silencio.

w) El fiscal es el único sujeto procesal legitimado para solicitar al Juez la detención en una investigación preliminar o prisión preventiva al inicio de la Investigación Preparatoria, debidamente fundamentada en virtud de una imputación formal.

x) El Juez de la Investigación Preparatoria decreta la detención o prisión preventiva – según el caso –, si existen suficientes fundamentos de cargo que lo lleven a la convicción para dictarla.

V. 5.- CLASES DE DETENCIONES

1.- Según el sujeto que las dicta:

- a) judicial
- b) policial

2.- Según el momento en que se decreta:

a) Investigación preliminar, hasta por 15 días, tal como lo dispone el inciso 1 del artículo 2º de la Ley 27379, siempre que existan elementos de convicción suficientes para estimar razonablemente que se ha cometido uno de los delitos previstos en dicha ley y que la persona contra quien se dicta ha intervenido en su comisión y que se dará a la fuga u obstaculizará la actividad probatoria.

La pregunta es la siguiente: ¿Si para decretar la detención en una investigación preliminar se requiere la concurrencia de los mismos requisitos para decretar una detención preventiva judicial, porque no se formaliza la denuncia ante el Juez, a fin de que sea esta autoridad quien la decrete dictándole correspondiente auto apertorio de instrucción?

b) Durante la Investigación Preliminar a solicitud de la policía al Fiscal a fin de que lo pida al Juez en determinados delitos, hasta por 24 horas. Artículo 2º de la Ley 27934.

c) Detención judicial en la investigación preliminar hasta por un máximo de siete días, decretada por el Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud de la Policía por intermedio del Fiscal, a fin de realzar dirigencias urgentes, inaplazables y necesarias con el investigado, destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad.

d) Detención preliminar incomunicada procede en los delitos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas o por un delito sancionado con una pena superior a los seis años.

3.- Según el lugar donde debe cumplirse

- a) Carcelaria
- b) Domiciliaria

V. 6.- EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.

Artículo 79 del C. de P. P. de 1940, basado en la presunción de culpabilidad.

Decreto Legislativo 126 que modificó el artículo 79º del C. de P. P., que mantuvo la presunción de culpabilidad.

Ley 23612 que modificó nuevamente el artículo 79 del C. de P. P., precisando los delitos por los cuales procedía decretar detención al abrir instrucción, pero sustentado en suficientes elementos probatorios.

Ley 24388, promulgada el 3 de diciembre de 1985, modifica el referido artículo: indicando los delitos para decretar detención, deben ser dolosos y sustentados en suficientes elementos probatorios.

El artículo 135 del C. P. P. de 1991, fija los siguientes requisitos para decretarlo y que deben concurrir de manera conjunta:

a) Suficiencia de prueba de la comisión del delito y su vinculación con el autor o partícipe.

b) Prognosis de pena, superior a 4 años.

c) El procesado pueda eludir a la justicia o perturbar la actividad probatoria.

El artículo 135 del C. P. P. de 1991, ha sido modificado:

a) Mediante la Ley N° 27226 promulgada el 27 de diciembre de 1999. La modificación se verificó al considerar que no constituye elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, (...) No constituye criterio suficiente para que el procesado pueda eludir a la justicia la pena prevista en la ley para el delito denunciado. El juez puede revocarla de oficio,

cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de pruebas que dieron lugar a que se decretara dicha medida coercitiva.

b) Ley 27753, cuando se sostenga que el imputado intente eludir la acción de la justicia, debe existir suficientes elementos probatorios.

Ley 27934.- Detención preventiva judicial en una investigación preliminar, para determinados delitos, flagrancia hasta por 7 días.

El artículo 268 del CPP- 2004, vigente en algunos distritos judiciales.

V. 7.- LEGITIMIDAD DE LA DETENCIÓN O PRISIÓN PREVENTIVA JUDICIAL

La protección legal a la libertad personal, no es una norma en blanco, sino como derecho fundamental constituye una garantía constitucional considerada como uno de los pilares básicos sobre los que se asienta la estructura institucional del actual Estado de derecho. La pérdida de libertad mediante la detención o prisión preventiva judicial sólo puede ser acordada por los órganos jurisdiccionales; pero en algunas oportunidades la libertad individual se ve conculcada en forma arbitraria, y es en estos caso, cuando consideramos que la administración de justicia fracasa, al aplicar dicha medida coercitiva, bajo la cobertura de improcedencia de la ley; así como también, tanto, en el supuesto de la omisión de vías señaladas en la ley procesal, como de la ineficacia de las existentes.

La Constitución y los Tratados Internacionales protegen la libertad personal, legitimando su limitación al precisar los motivos que hacen aplicable esta restricción de libertad, facultando al órgano jurisdiccional para decretarla contra un imputado que ha cometido un hecho delictivo, para lo cual ha de tener en cuenta su gravedad y determinadas circunstancias, desde el inicio o en cualquier estado del proceso penal con la finalidad de evitar que el procesado pretenda eludir la justicia o perturbar la actividad probatoria u obstaculización para el esclarecimiento de la verdad; privación que se dicta a título cautelar, debiendo tener el carácter provisional y temporal, es decir, debe estar limitada en el tiempo, la misma que debe ser razonable a fin de que se de cumplimiento al objeto del proceso, pero debe

conciliarse un equilibrio entre la restricción de la libertad del imputado y su dignidad como persona.

Los derechos fundamentales están claramente reconocidos y protegidos en forma expresa; y en lo que concierne a la facultad que tienen las autoridades para restringir la libertad a una persona, ésta se tiene que ejecutar de acuerdo a los requisitos señalados en la Constitución para la detención policial y la preventiva judicial tal como lo prescribe el artículo 135 del C.P.P. – 1991 y sus respectivas leyes modificatorias; así como el artículo 261 que prescribe la detención preliminar judicial y el artículo 268 del NCPP – 2004, en los casos de prisión preventiva. Mediante circulares, plenos jurisdiccionales, ejecutorias dictadas por el Tribunal Constitucional y por la Corte Suprema, verificamos que concluyen los presupuestos para privar de libertad a un procesado deben concurrir de manera conjunta.

Es el caso, que cuando un juez no da cumplimiento a lo señalado en la ley procesal, para privar de libertad a un imputado, estamos frente a una detención o prisión preventiva arbitraria, lo que motiva que el afectado tenga que recurrir al proceso constitucional de Hábeas Corpus. Cuando el Tribunal Constitucional conoce en última instancia y comprueba estas vulneraciones dan fin a esta injusta medida ordenando su inmediata libertad, ordenando se fijen las medidas necesarias para garantizar que siga a disposición del órgano jurisdiccional, precisando que no intervienen sobre el fondo del asunto, sino que lo hacen únicamente para constatar si se ha producido una violación constitucional.

Hacemos referencia a sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional peruano y español, relacionadas con la vulneración de los derechos fundamentales por las autoridades judiciales, en las que fundamentan cuando los jueces vulneran los derechos fundamentales al decretar la detención preventiva de un procesado privar de libertad a una persona, violando los principios de legalidad penal y procesal penal, tales como por ejemplo:

El Tribunal Constitucional español, en una sentencia: *“[Ésta] exige que su configuración y aplicación tengan como presupuesto la existencia de indicios*

*rationales de la comisión delictiva y que su objetivo sea la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida (...), lo que supone que el órgano judicial debe ponderar la concurrencia de todos los extremos que justifican la adopción de dicha medida y que esa apreciación no resulte arbitraria, debiendo entenderse por tal aquella que no resulte acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional (...)*³⁰⁷.

En otra sentencia: “(...) que ésta “exige que su configuración y aplicación tengan como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de la acción delictiva y que su objetivo sea la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida, (...) aquéllos que remiten a la “conjuración de ciertos riesgos relevantes que, teniendo su origen en el imputado, se proyectan sobre el normal desarrollo del proceso o la ejecución del fallo, así como en general, sobre la sociedad”³⁰⁸.

El Tribunal Constitucional español “(...) La restricción del ejercicio de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica, y el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos por los cuales el derecho se sacrificó. (...)”³⁰⁹.

El Tribunal Constitucional peruano: (...), *aparte de ser regulados, pueden ser restringidos. Ningún derecho fundamental puede considerarse ilimitado en su ejercicio. Los límites pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen directamente de la propia naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, los límites extrínsecos, son aquellos que se deducen de la inserción de los derechos en el ordenamiento jurídico, y su fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales*”³¹⁰.

Tanto el Tribunal Constitucional español como el peruano, sostienen expresamente que la libertad es un derecho fundamental, reconocido en las respectivas constituciones y pactos internacionales, pero precisan que la

³⁰⁷ Sentencia 14/2000 de 17 de enero (BOE, núm. 42, de 18 de febrero) (en JAÉN VALLEJO, *La justicia penal en la Jurisprudencia constitucional española*, cit., p. 54).

³⁰⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional español, 14/2000 de 17 de enero. *Derecho a la libertad personal* (Jaen Vallejo, Manuel, *La Justicia Penal en la Jurisprudencia Constitucional*) Dickinson, Madrid, 200, p. 53

³⁰⁹ JAÉN VALLEJO, *La justicia penal en la Jurisprudencia constitucional española*, cit., p. 110.

³¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 791-2002- HC/TC, (en *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 51, diciembre 2002), p. 268

libertad personal no es un derecho absoluto, por lo que pueden ser regulados y restringidos, ya sea por la Carta Magna o por normas procesales que fijan cuándo, cómo y porqué se debe decretar esta medida coercitiva, primando el razonamiento y proporcionalidad. Para tal efecto, el órgano jurisdiccional para dictar dicha medida restrictiva debe tener en cuenta la existencia de indicios razonables, no solamente de la comisión del hecho delictivo, sino que el imputado debe estar vinculado como autor o partícipe y que se debe ponderar la concurrencia de todos los requisitos señalados.

V. 8.- FINALIDAD DE LA PRISIÓN O DETENCIÓN PREVENTIVA.

La detención o prisión preventiva, es una medida cautelar, por lo que no se le puede considerar como un adelantamiento de la pena, porque su finalidad es garantizar el normal desarrollo del proceso, el cumplimiento de una futura y eventual pena en su momento, siendo una de sus notas características la instrumentalidad para alcanzar el objetivo antes referido y evitar problemas que podría originar al no poder cumplir con los fines del proceso si el imputado se encuentra en libertad, es decir, la efectiva actuación del derecho penal, razón por la cual el Juez se ve obligado a dictar dicha medida coercitiva al inicio o en el curso del proceso penal, para evitar fuga o perturbe la actividad probatoria o obstaculice esclarecer la verdad.

Luigi Ferrajoli, precisa la finalidad de la detención preventiva.

(...) d.1) Finalidad de la detención preventiva judicial

a) Asegurar la presencia del imputado, durante el desarrollo del juicio ante la autoridad que debe juzgarlo;

b) Garantizar la eventual ejecución de la pena;

c) Posibilitar al inculcado el ejercicio de sus derechos de defensa;

d) Evitar su fuga u ocultamiento;

e) Evitar la destrucción o desaparición de pruebas, tales como huellas, instrumentos, producto o cuerpo del delito;

f) Prevenir la posibilidad de comisión de nuevos delitos por o contra el inculcado, y

g) *Impedir al inculpado sobornar, influenciar o intimidar a los testigos o bien coludirse con sus cómplices*³¹¹.

Winfried Hassemer, señala: *“La persecución de fines de prevención general o especial presupone la firmeza de ese presupuesto de ese derecho penal material: la culpabilidad del afectado. La evitación de un peligro de reiteración, la intimidación general, la ejemplaridad, el restablecimiento del orden jurídico violado, o la integración normativa de la generalidad, o de la confianza y la seguridad ciudadana,(...)”*.³¹²

Marlio Vásquez: *“Ni aun la función de aseguramiento de la pena corporal, que es la más aceptada, puede otorgar legitimidad a la intromisión estatal en la esfera de la libertad de la persona sin que exista una declaración de culpabilidad (...)”*³¹³

El sustento que esgrimen los jueces en sus resoluciones para decretar detención o prisión preventiva es para tratar de conseguir la verdad material, muchas veces no tiene sustento fáctico ni legal, porque en ella no precisan si es que con las pruebas aportadas en la investigación preliminar o en la denuncia se ha llegado a establecer la comisión del delito y la culpabilidad del procesado, además, no se infiere racionalmente el riesgo de fuga o perturbación de la actividad probatoria, que son los requisitos básicos que se debe tener en cuenta para decretarla. Pero, sin embargo, llama la atención la existencia de leyes que permiten una detención preventiva judicial en una investigación preliminar, en las que se precisa que para decretarla se requiere la existencia de los mismos presupuestos previstos para que el juez dicte esta medida en el auto apertorio de instrucción.

Asimismo, en muchas oportunidades se pretende fundamentar dicha medida en el temor o inseguridad o alarma social que genera la comisión de un delito que reviste gravedad o peligrosidad o presión mediática, dejando de lado la seguridad jurídica que se requiere en toda resolución, la misma que debe estar sustentada en medios probatorios, porque no se puede pretender justificar el éxito del proceso penal bajo el pretexto de asegurar a la sociedad disponiendo la detención de un presunto culpable sin pruebas.

³¹¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 129.

³¹² HASSEMER, Winfried, *Los presupuestos de la prisión preventiva*, .2da edición, Traducción Patricia S. Zifler, Buenos Aires, 1998, p. 118.

³¹³ VÁSQUEZ VÁSQUEZ, Marlio, cit, p, 14

El Tribunal Constitucional: “(...) En todo caso, y respecto de la medida restrictiva decretada en contra del recurrente, **cabe recordar que toda detención provisional tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso penal**. No se trata, entonces, de una medida punitiva definitiva respecto a la culpabilidad del imputado, en el ilícito que es materia de investigación, por lo que no se quebranta el principio constitucional de presunción de inocencia, ya que se trata de una medida cautelar cuyo objetivo es asegurar la eficacia de la labor jurisdiccional en el proceso penal en referencia”.³¹⁴

El Tribunal Constitucional en otra sentencia, señala: “(...) 6. Al igual que por imperio del derecho a la presunción de inocencia, el encarcelamiento preventivo no se ordenará sino cuando sea estrictamente necesario para asegurar que el proceso se pueda desarrollar sin obstáculos hasta su finalización, cuando la sentencia con que culmine no deje de merituar ninguna prueba (ni sufra la adulteración de alguna) por obra del procesado, y cuando se cumpla efectivamente la pena que ella imponga.”³¹⁵

La finalidad de la detención preventiva de acuerdo a la doctrina y a lo resuelto por el Tribunal Constitucional, es con el objeto de asegurar los fines del proceso; mediante la correcta averiguación de la verdad material y adecuación a la Ley penal, debiendo el órgano jurisdiccional respetar las reglas o procedimientos establecidos por las normas procesales vigentes, para dictarla debe estar sustentada en suficientes elementos probatorios que lleven al juez a la convicción que al aplicar dicha medida es para conseguir la finalidad perseguida, respetando el derecho fundamental de la libertad personal. Si el objetivo es buscar la eficacia en la administración de justicia en el ámbito penal, la privación de libertad de un imputado no puede ni debe ser decretada sin la existencia de pruebas de la comisión del delito y la vinculación del autor o partícipe con este.

La detención o prisión preventiva judicial se convierte en una medida arbitraria e injusta cuando se pretende justificar como un medio para asegurar la persona del procesado a fin de que cumpla la pena que pudiera

³¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 3380 – 2004 – HC/TC, 28 de diciembre de 2004, en *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 79, abril 2005, p. 300

³¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 3771 – 2004 – HC/TC, 29 de diciembre de 2004, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 10, N° 77, Febrero 2005, p. 204.

ser objeto en una probable sentencia condenatoria, sin tener las evidencias de que el imputado se encuentre vinculado con el delito y que acredite su responsabilidad penal al momento de decretarla. También se decreta con la finalidad de conseguir éxito en el proceso basado en la posibilidad de fuga del procesado o que pueda influir en otros imputados o en testigos o peritos, sin la concurrencia en forma conjunta de los tres presupuestos materiales que señala la ley procesal, `para los efectos de privar de libertad a un imputado, s decir, se viola el debido proceso al in cumplir con lo señalado en la norma procesal.

V. 9.- PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN O PRISIÓN PREVENTIVA.

Al abordar el análisis de los derechos que le compete al detenido, obliga indefectiblemente a delimitarlo con la libertad de la persona por cuanto consideramos que este no es absoluto, pues cualquiera puede ser privado de ella en situaciones en las que prevalezca un interés superior y cuando la determinación del alcance del derecho protegido con la concreción de los supuestos que tal prevalencia se produce, y es partir de ella que constituye necesariamente un punto de partida a fin de determinar si procede o no decretar mandato de detención o prisión preventiva, debiéndose tener en cuenta lo siguiente:

- a). No se puede recurrir a los derechos del detenido, sino existen límites a la libertad.
- b). No se puede justificar la privación, si previamente no se ha efectuado un reconocimiento de la misma.

La defensa de la libertad ante la arbitrariedad y abuso de poder estatal constituyen un factor desencadenante sobre el que se asienta la génesis del movimiento constitucional a nivel nacional e internacional para protegerla como un derecho fundamental, motivo por el cual se debe privar de ella a un procesado, solamente en determinadas circunstancias y con las garantías necesarias. Este argumento, no hace más que redundar en una idea suficientemente consolidada en las actuales democracias y en sus respectivas constituciones, al figurar la libertad como uno de los bienes más preciados del ser humano, después de la vida; y sus límites deben estar

perfectamente perfilados, así como señaladas sus restricciones, entre las que se encuentra la detención o prisión, precisándose auténticos derechos para proteger y salvaguardar la libertad.

En todo proceso penal se debaten dos posiciones que se oponen:

Por un lado asegurar la presencia del imputado y eficacia en la realización de un proceso a fin de aplicar la ley sustantiva o cumplimiento de la pena; y por otro lado, las garantías constitucionales de los sujetos que operan como límite al ejercicio del poder punitivo del Estado y evitar el abuso de la detención, de quien goza de la presunción de inocencia.

V. 10.- PRINCIPIOS DE LA PRISIÓN O DETENCIÓN PREVENTIVA

En los supuestos en los cuales las normas procesales señalan la procedencia de las medidas coercitivas, las mismas que afectan los derechos de las personas, debe tenerse en cuenta las garantías constitucionales, principalmente la presunción de inocencia y la libertad personal, éstas deben estar sustentadas en determinados principios reconocidos por las leyes y tratados internacionales, para tal efecto, debemos considerar lo que sostienen:

César San Martín señala los siguientes principios:

“1. Principio de primacía de la ley y el derecho a la legalidad procesal. (...) la ley deberá prever y fijar los requisitos y consecuencias jurídicas de cada autorización de intervención (...).

2. Principio de intervención indiciaria. Toda medida que limite un derecho fundamental y, en especial, de detención requiere de «indicios de criminalidad» (...).

3. Garantía de ejecución de la restricción. Ha de ser ejecutada con respeto a unas mínimas garantías que tienden tanto a asegurar la fiabilidad del medio utilizado como la integridad de la persona investigada (...).”³¹⁶.

M^a Dolores Gonzáles Ayala: *“(...) Entre tales requisitos y condiciones brilla con luz propia el principio de la razonabilidad de la causa de la detención, (...) se sitúa como elemento fundamental de garantía de la libertad frente a la detención arbitraria. (...)*

Las garantías iniciales de la detención son:

³¹⁶ SAN MARTÍN CASTRO, César, “La privación cautelar de la libertad en el Proceso Penal Peruano”, en *Cathedra Discere. Iure et Facto*, N° 8 - 9, Editorial San Marcos, Lima, 2002, p. 140.

- a) *El derecho a ser informado de los motivos de su detención*
- b) *De forma inmediata y de manera comprensible (el derecho a la asistencia de intérprete)*
- c) *La información de las causas de la detención.* d) *La información de los derechos del detenido.(...)*

Las garantías de desarrollo de la detención son:

- a) *El derecho a no declarar.*
- b) *El derecho a la asistencia de letrado.*
- c) *Designación de abogado de oficio para detenidos (...).*
- d) *Plazo máximo de detención. (...)*³¹⁷.

V. 10. 1.- EXCEPCIONALIDAD.- Significa que la detención preventiva queda justificada únicamente, como *última ratio*. Obliga a regular legalmente y aplicar judicialmente medidas menos gravosas, y sólo pueden ser dictadas cuando fueran absolutamente urgentes, indispensables y necesarias en un proceso penal, siempre que no existan otros mecanismos menos gravosos. Al disponer la privación de libertad del imputado, se sostiene que es con la finalidad de garantizar el normal desarrollo del proceso y aplicar eficazmente la sanción penal en su momento, por lo que el Juez se ve obligado a dictar dicha medida coercitiva, al inicio o en el curso del proceso penal, las mismas que se materializan al aplicar una restricción al ejercicio del derecho fundamental de la libertad.

Marlio Vásquez: *“Las modificaciones legislativas que fundamentalmente precisaron el contenido de la norma, si bien resultaron plausibles desde el ángulo de la mejor protección al derecho fundamental de la libertad individual, pusieron, sin embargo, en evidencia un empleo abusivo de la medida por parte de los operadores del Derecho llamados a imponerla y en no muy pocos casos una deficiente preparación académica de los mismos para comprender su contenido y presupuestos”*³¹⁸.

De acuerdo a nuestra legislación procesal deben concurrir los tres requisitos para decretar la detención preventiva de un procesado con el

³¹⁷ GONZÁLES AYALA, Dolores M^a. *Las garantías constitucionales de la detención. Los derechos del detenido*, Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 72.

³¹⁸ VÁSQUEZ VÁSQUEZ, Marlio, *¿Cómo enfrentar el mandato de detención?*, en *Actualidad Jurídica*, tomo 135, marzo 2005, p. 13.

objeto de que se dé cumplimiento a los fines del proceso penal, para neutralizar dos tipos de peligros procesales, esto es, el de fuga y entorpecimiento de averiguar la verdad, pero en la práctica observamos el uso y abuso de esta medida por algunos jueces penales al violar lo señalado en forma expresa en la ley procesal; y cuando se dicta sin la concurrencia en forma conjunta los tres presupuestos esta medida coercitiva se convierte en arbitraria, al no considerar que la libertad es la regla y la detención o prisión preventiva judicial la excepción, más aun, cuando no precisan las causales que puedan justificar tal medida.

José Caferatta Nore: *“se precisa que éste sólo podrá ser restringido excepcionalmente (no será la regla general), únicamente por las causas y en las condiciones fijadas de antemano (preexistentes) por las constituciones o por las leyes dictadas en su consecuencia, y en los casos y bajo las formas o procedimientos prescriptos en ellas fuera de los cuales la detención o prisión preventiva serán descalificadas por ilegales o arbitrarias, (...)”*³¹⁹

El Tribunal Constitucional, al referirse a la excepcionalidad, señala:

*“(...) 3. **La detención preventiva como medida excepcional (...)***

*8. (...) En tal sentido, su aplicación como medida cautelar (...) de una eventual sentencia condenatoria, **debe ser la última ratio por la que puede optar un juez para asegurar el éxito del proceso penal.** (...)”*³²⁰.

Otra sentencia del Tribunal Constitucional: *“(...) 4. No obstante, la prisión provisional constituye también una seria restricción del derecho humano a la libertad personal, (...)*

*Por ello, la detención provisional no puede constituir la regla general a la cual recurra la judicatura, sino, por el contrario, una medida excepcional de carácter subsidiario, razonable y proporcional (...).”*³²¹

Otra sentencia: *“(...)4. Que, en este sentido, una interpretación coherente de la Constitución Política del Estado de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales, permite afirmar que la detención judicial, en tanto importa la limitación más intensa del derecho fundamental a la libertad personal, sólo debe*

³¹⁹ CAFFERATA NORES, José, *Proceso Penal y Derechos Humanos*, p. 182

³²⁰ Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, Exp. N° 2915 – 2004 – HC/TC-Lima, de 23 de noviembre 2004 (en Normas Legales, T. 343, Vol. II, diciembre, Trujillo, 2004, p. 169).

³²¹ Exp. N° 1567 – 2002 – HC/TC. Lima, *Revista de Jurisprudencia Penal Tomo I*, Editoras Normas Legales S.A.C., Trujillo, 2003, p. 55.

*aplicarse excepcionalmente y bajo determinadas circunstancias legalmente configuradas. (...)*³²²

Otra sentencia: “(...). Y es que la detención preventiva, constituyendo una restricción de la libertad individual pese a que durante el proceso se presume que el encausado es inocente, sólo puede ser dispuesta si, en un asunto determinado, ésta es juzgada indispensable; lo que presupone, (...)³²³

En otra sentencia:“(...) 9. al tratarse la detención judicial preventiva de una medida excepcional, el principio favor libertatis impone que la detención judicial preventiva tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional, esto es, (...) el juez deba considerar si idéntico propósito al que se persigue con el dictado de la detención judicial preventiva, se puede conseguir aplicando otras medidas cautelares no tan restrictivas de la libertad locomotora del procesado. (...).”³²⁴

El Tribunal Constitucional español: “La prisión provisional se debe entender como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la ejecución de sus fines (...).”³²⁵

En base a este principio de excepcionalidad se obliga a regular legalmente que la libertad es la regla y la detención o prisión preventiva, es la excepción; y se decreta a fin de establecer si el imputado es responsable de la comisión del delito. El fundamento de la prisión como medida cautelar es con la finalidad de neutralizar la posibilidad de los peligros procesales de fuga y perturbación de la actividad probatoria u obstaculización del esclarecimiento de la verdad, este presupuesto exige la comprobación efectiva de las circunstancias objetivas y ciertas, en un determinado caso e imputado concreto; y una vez conseguido el objetivo que motivó la detención o prisión preventiva, ésta debe cesar.

Rolando Gialdino, da inicio a su ensayo con lo siguiente: “Acordaos de los presos, como si estuvierais con ellos encarcelados.”: “La “regla” es, en suma, “el respeto de la libertad individual, (...). En los términos del Comité de Derechos

³²² Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 0032 – 2000 – HC/TC Exp. N° 0065-2000, acumulados (En el Peruano, 4 de noviembre de 2000, p, 3580)

³²³ Sentencia en Exp. N° 010 – 2002 – AI/TC. (en Revista Diálogo con la Jurisprudencia, febrero 2003, cit, p. 30.

³²⁴ Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, Exp. N° 791 – 2002, 21 de junio de 2002, en Diálogo con la Jurisprudencia, año 8, N° 51, diciembre 2002, p, 270

³²⁵ Manuel Jaén Vallejo.- La Justicia Penal en la Jurisprudencia Constitucional, cit, p, 108

Humanos: la detención preventiva “debe ser excepcional y tan breve como sea posible”.

*En divergencia con la pena, en que el sujeto que sufre la medida no ha sido declarado culpable de la realización de un hecho delictivo y goza, en consecuencia de la presunción de inocencia. (...) La prisión preventiva, tanto en su adopción como en su mantenimiento, habrá de ser concebida “como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada” a la consecución de sus fines constitucionalmente legítimos y congruentes con su naturaleza.*³²⁶

V. 10. 2.- PROVISIONALIDAD. Se deben aplicar por el tiempo estrictamente necesario a sus fines, teniendo como sustento las normas procesales, porque la temporalidad de las medidas restrictivas de libertad constituye una regla de vital importancia, pues las mismas no pueden ser definitivas. Es decir, una limitación en el tiempo, para prevenir.

Alonso Peña Cabrera F., señala: *“Las medidas cautelares están sometidas a la regla rebus sic stantibus, es decir, tan solo han de aplicarse mientras subsistan los presupuestos que le sirvieron como base argumentativa. La temporalidad de las medidas cautelares constituye una regla importante, pues tales afectaciones, por su naturaleza, no pueden ser definitivas, ni pueden extenderse ad infinitum”.*³²⁷

Cubas Villanueva: *“Las medidas coercitivas por su naturaleza son provisionales, ninguna tiene carácter definitivo o duración indeterminada. El carácter instrumental de las medidas coercitivas las hace provisorias en tanto están sometidas al proceso, (...)”.*³²⁸

El tribunal Constitucional: *“(...) 10. debe ser también una medida provisional, es decir, el mantenimiento de ésta solo debe persistir entre tanto no desaparezcan las razones objetivas y razonables que sirvieron para su dictado. Una vez investigados los hechos, el contenido garantizado de los derechos a la libertad*

³²⁶ Gialdino, Rolando E., “La prisión preventiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Red de Información Jurídica, dicho autor en su condición de profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Argentina, escribió el ensayo antes referido, publicado originalmente en la revista Investigaciones 3-1999, editada por la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina y se deja constancia que dicho ensayo ha sido reproducido en la red con la autorización del autor.

³²⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., La libertad por exceso de detención. El derecho de ser juzgado en un plazo razonable, en Actualidad Jurídica, tomo 135, marzo 2005, p, 20.

³²⁸ CUBAS VILLANUEVA, Víctor, cit, p, 232.

*personal y al presunción de inocencia exige que se ponga fin a la medida cautelar, (...)*³²⁹

En otra sentencia: “(...) 12. La presunción de inocencia se mantiene “viva” en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, (...). La duración desproporcionada de dicha medida desvirtúa la funcionalidad del principio en el seno del proceso, generando la mutación de una medida cautelar en una sanción que, a diferencia de la pena impuesta por una resolución judicial condenatoria, agota su propósito en el abatimiento del individuo, quien deja de ser “sujeto” del proceso, para convertirse en “objeto” del mismo”.³³⁰

La Corte Interamericana de Derechos Humanos:

*“(...) de lo expuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar no punitiva”*³³¹

Las resoluciones que disponen mandato de detención o prisión preventiva pueden ser modificadas en el curso del proceso, si es que nuevos actos de investigación hacen variar la situación jurídica del procesado, aplicando una medida menos grave o menos severa. Por esta razón, todas las medidas que se prolonguen en el tiempo, habrán de estar canceladas en virtud del principio *rebus sic stantibus*, debiendo estar sometidas al oportuno control del juez y cuando dicha medida coercitiva resulte fuera de lugar, desproporcionada o carente de razón, sobre todo, en los casos que se han desvirtuado los cargos que pesaban contra el imputado; y, sino cesan, estarán abiertos los recursos que la ley procesal franquea e inclusive el proceso constitucional de hábeas corpus, a fin de que quede sin efecto dicha medida, por arbitraria.

La detención o prisión preventiva debe durar mientras subsistan las causas que sirvieron para que el Juez decida su aplicación y si con nuevos actos de investigación varían las circunstancias después de dictada, el

³²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 791 – 2002, cit, p, 270

³³⁰ Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, exp. N° 2915 – 2004, cit, p, 200

³³¹ CÁCERES JULCA, Roberto, Artículo “Los presupuestos materiales de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal 2004 “Sentencia Suárez Rosero” del 12 de noviembre de 1997, publicado en Gaceta Penal & procesal penal, tomo 10, abril 2010 p, 15

órgano jurisdiccional debe variarla. El paso del tiempo modifica estas circunstancias y obliga a ponderar los datos personales, los del caso concreto conocidos con posterioridad al momento en que se dictó; y cuando el juez entienda que procede la libertad o la variación de la medida de detención por comparecencia debe revocarla, por lo que resulta censurable que algunos no la ejecuten o la nieguen pese a que se ha cumplido lo anteriormente expuesto que corroboran su procedencia, incumpliendo una garantía constitucional del debido proceso.

V. 10. 3.- NECESIDAD.- Se dictará cuando se considere indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la ley. La existencia de peligro de ocultamiento o fuga o perturbación de la actividad probatoria u obstaculización del esclarecimiento de la verdad de parte del imputado, más aún, cuando se trata de la injerencia de los derechos fundamentales y no exista otra medida coercitiva alternativa, que revista, la misma aptitud para conseguir el objetivo perseguido.

El juez debe haber llegado al convencimiento de que se ha cometido el delito y que el procesado es responsable del hecho, por existir prueba de su vinculación, por lo que es necesaria la privación de libertad para los efectos de llevar adelante una investigación a fin de conseguir el objeto del proceso penal, finalidad que no se podría conseguir si se encontrara en libertad y para decretarla tiene que estar fundamentada en una mínima actividad probatoria que permita a quien la dicta en tener los suficientes elementos probatorios de la necesidad de la detención. Igualmente, en la actualidad en la Ley N° 27934 que regula la intervención de la Policía y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito para determinados delitos, a pedido de la policía, el Fiscal podrá solicitar al Juez que decrete la detención preventiva judicial en casos de urgencia y peligro en la demora, a fin de evitar perturbación en la investigación o sustracción penal, antes de dar inicio formal a la investigación.

Asimismo, el órgano jurisdiccional de acuerdo a la última parte del artículo 135° del C. P. P. cuando nuevos actos de investigación pongan en

cuestión las suficiencias de pruebas que dieron lugar para dictar la detención o cuando ya dejó de ser necesaria al haberse dado cumplimiento al motivo que tuvo para decretarla o se demostró que la gravedad del delito o supuesta complejidad del proceso o la inexistencia del peligro de fuga o perturbación de la actividad probatoria no era tal, como lo sostuvo en su momento el juez para justificar la privación de libertad, de oficio debe variarla y disponer su comparecencia, porque deja de ser necesaria.

José Cafferata Nores considera que requiere la extrema necesidad: *“Por cierto, hay que enfatizar que si la extrema **necesidad** de evitar riesgos para aquellos objetivos (...) es la **única** razón que puede invocarse para justificar la detención o prisión preventiva, si no existen tales riesgos, o existiendo pueden neutralizarse de otra forma, (...).*

*El criterio de necesidad influye tanto en la imposición como en el mantenimiento de la medida de coerción. En cuando aquella **desaparezca**, por desaparición de las razones que la determinaron (...) o por su atenuación, la prisión preventiva deberá cesar o ser sustituida por otra medida más leve”.*³³²

El Tribunal Constitucional: *“Al igual que por imperio del derecho a la presunción de inocencia, el encarcelamiento preventivo no se ordenará sino cuando sea estrictamente necesario para asegurar que el proceso se pueda desarrollar sin obstáculos hasta su finalización, cuando la sentencia con que culmine no deje de merituar ninguna prueba”.*³³³

Alonso Peña Cabrera: *“(...) La prisión provisional debe imponerse judicialmente tomando en consideración; (...) toda una serie de datos que van a permitir al juzgador establecer la necesidad de adoptar esta medida coercitiva a efectos de asegurar la comparecencia del imputado y que el proceso penal pueda llegar a sus fines propuestos”.*³³⁴

Barreto Guzmán sostiene. *“Siempre que exista un indicio positivo de eludir la acción de la justicia será posible observar y aplicar la regla de la necesidad (...)”*³³⁵

Para considerar necesaria una medida de detención debe tener como sustento los requisitos señalados en el artículo 135º del NCPP – 2004, a fin

³³² CAFFERATA NORES, *Proceso Penal y Derechos Humanos*, cit., p. 188.

³³³ *Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, Exp. N° 3771-2004- HC/TC, 29 de diciembre de 2004 (en Diálogo con la Jurisprudencia N° 77, Febrero 2005), p. 204*

³³⁴ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, cit, p, 21

³³⁵ BARRETO GUZMÁN, Marco, *Justificación y Procedimientos de las medidas coercitivas, en Actualidad Jurídica*, Tomo 139, noviembre de 2005, p. 124.

de que esta medida no pueda ser considerada como un gesto punitivo ejemplar e inmediato basado en la presunción de la comisión del delito imputado o como sucede en algunos casos, amparados en la “íntima convicción” del Juez sobre la supuesta participación en el delito, cultura jurídica a todas luces autoritarias, porque parten de la idea de que “primero se detiene y luego se investiga”, sobre la comisión del delito, la participación y responsabilidad del procesado.

V. 10. 4.- RAZONABILIDAD.- Significa que el órgano jurisdiccional debe indicar de una manera explícita la adopción de la privación de libertad y sustentarla con argumentos de carácter objetivo y no subjetivo, en valores y principios aceptados, con fundamento jurídico y una mínima actividad probatoria. Es lo opuesto a la arbitrariedad y a un elemental sentido de justicia.

Sobre el **principio de razonabilidad**, Rubio Correa cita una sentencia del Tribunal Constitucional que, a su criterio, es la mejor pista para hallar dicho concepto:

“9. El principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos (...)”³³⁶.

Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *“La razonabilidad” implica un juicio de valor y, aplicada a una ley, una conformidad con los principios del sentido común. (...). Siendo razonable lo justo, lo proporcionado y lo equitativo, por oposición a lo injusto, absurdo y arbitrario, es un calificativo que tiene contenido axiológico que implica opinión, pero, de alguna manera, puede emplearse jurídicamente como, de hecho, lo hacen con frecuencia los tribunales, pues toda actividad estatal debe no solamente ser válida sino razonable”³³⁷*

Otra sentencia del Tribunal Constitucional: *“38. Razonabilidad, en su sentido mínimo, es lo opuesto a la arbitrariedad y un elemental sentido de justicia”*. El vínculo con lo anterior es evidente, dice Rubio, y lo dicho aquí es tan solo

³³⁶ RUBIO CORREA, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, cit., p. 242.

³³⁷ Caso “Panel blanca” (Paniagua Morales y otros) VS Guatemala, en *Jurisprudencia de la CIDH*, Palestra Editores S.A.C., Landa, César, 2005, p. 202.

una especificación: la arbitrariedad –entendida como abuso en el ejercicio de la autoridad – es contraria a la razón y a los valores³³⁸.

Otro fallo del Tribunal: *“Que la racionalidad la detención se sustenta en la gravedad de la comisión delictiva, en la existencia de indicios probatorios fehacientes que persuadan de la directa responsabilidad del encausado (...); y en la necesidad de asegurar el juzgamiento sin posibilidad razonable de elusión por parte del inculpado; que sin la presencia de dichos elementos, la detención corporal del procesado se hace innecesaria bastando el mandato de comparecencia para los efectos del proceso, (...)”*³³⁹

A través de sentencias específicas, el Tribunal Constitucional ha dado indicios adicionales sobre el contenido del principio de razonabilidad. (...) *La razonabilidad se funda en argumentos de carácter objetivo y no subjetivo. No depende de lo que una persona pueda considerar correcto, y tampoco de lo que beneficie a una persona o a un pequeño grupo. Lo razonable es tan solo en el contexto de lo que generalmente acepta como correcto la sociedad o un grupo social específico en su conjunto.*

- *Tratando de la noción de igualdad, el Tribunal dijo que requería razonabilidad y, por eso, entendió que dicha noción fuera admisible desde la perspectiva de los “preceptos, valores y principios constitucionales”.*

- *Además de lo anterior, la razonabilidad exige imparcialidad, en el sentido de quien actúa no beneficie impropriamente más a unos que a otros.*

- *También es exigible por razonabilidad que se apliquen las mismas normas y se generen iguales consecuencias en las situaciones análogas. Es el método de integración jurídica denominado analogía a pari, que consiste en que, donde hay la misma razón, hay el mismo derecho*³⁴⁰.

Otra sentencia: *“(...) justificado la detención preventiva únicamente con el argumento de que existirían elementos de prueba que incriminan a los recurrentes y que la pena aplicable, de ser el caso, sería superior a los cuatro años, el Tribunal*

³³⁸ Rubio Correa, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, cit., p. 243.

³³⁹ *Diálogo con la Jurisprudencia*. Número 35 Agosto 2001. Pág. 257

³⁴⁰ RUBIO CORREA, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 243-245.

*Constitucional considera que la emplazada ha violado el derecho a la presunción de inocencia y, racionalmente la libertad individual de los recurrentes (...)*³⁴¹.

Tribunal Constitucional español: “(...); en consecuencia la suficiencia y razonabilidad de la motivación serán el resultado de la ponderación de los intereses en juego (...). A partir de toda la información disponible en el momento en el que ha de adoptarse la decisión, de las reglas del razonamiento lógico y del entendimiento de la prisión provisional como una medida de aplicación excepcional, (...)”³⁴².

Tribunal Constitucional español: “(...) La restricción del ejercicio de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica, y el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos por los cuales el derecho se sacrificó. (...) el razonamiento seguido para llegar a la misma, es un requisito indispensable del acto de limitación del derecho (...)”³⁴³.

Una sentencia del Tribunal Constitucional español, al hacer mención a los casos en las que el órgano jurisdiccional debe decretar una detención preventiva, deben primar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, señalando los requisitos básicos que determinan la legitimidad o ilegitimidad constitucional de la medida de prisión preventiva: “a) En relación con el sustento jurídico de la adopción de la medida de prisión provisional, (...), la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; con la naturaleza de la medida (...) b) Las decisiones relativas a la adopción y al mantenimiento de la prisión provisional deben expresarse en una resolución judicial motivada (...)”

El primero consiste en que la falta de una motivación suficiente y razonable de la decisión provisional no supondrá sólo un problema de falta de tutela, (...). El segundo se refiere a la competencia del Tribunal Constitucional en esta materia y puede resumirse así: «Corresponde a exclusiva a la jurisdicción ordinaria la constatación y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar (...)»³⁴⁴.

³⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 1260-2002 (en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 68, mayo, Lima, 2004, p. 237).

³⁴² JAÉN VALLEJO, *La justicia penal en la jurisprudencia constitucional*, cit., p. 53.

³⁴³ JAÉN VALLEJO, *La justicia penal en la jurisprudencia constitucional español*, cit., p. 110.

³⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional español 47/2000. *Derecho a la libertad personal: Prisión provisional carente de fundamentación. Exigencias para la legitimidad constitucional de la prisión provisional* (en JAÉN VALLEJO, *La justicia penal en la jurisprudencia constitucional*, cit., p. 103).

Para los efectos de considerar como razonable una resolución judicial que disponga la detención de una persona, debe tener como sustento una justificación lógica en los hechos, conductas, pruebas actuadas y una debida adecuación al tipo penal denunciado, lo que motiva al Juez decretar esta medida coercitiva como un elemental sentido de justicia explicando los motivos por el cual ha procedido a privar de libertad a un imputado en el marco de la persecución penal a quienes han cometido delitos; no hacer o no explicar las razones de la detención, se incurre en una arbitrariedad.

V. 10.- 5.- PROPORCIONALIDAD.- Conocido como prohibición en exceso, impide la injerencia desproporcionada sobre la restricción a derechos fundamentales, a fin de que no rebase el contenido esencial del derecho a la libertad, comportando una garantía de la seguridad jurídica y concretas exigencias de justicia material, imponiendo al juez que al momento de dictar la privación de libertad, ella obedezca a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la sanción que le pudiera corresponder; así como que objetivamente se acredite la posibilidad de fuga y la obstaculización para esclarecer la verdad, previa vinculación en los hechos imputados. Es un juicio de ponderación de los valores en conflicto que justifique el sacrificio del derecho fundamental afectado, como es de la libertad personal, para lograr la finalidad que se persigue, como la comparecencia del procesado y que se consiga el objeto propuesto.

Carlos Bernal Pulido al ocuparse del tema “El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales”, señala lo siguiente: “(...) *la aplicación del principio de proporcionalidad para el control de las leyes de intervención en los derechos fundamentales podría considerarse de alguna manera como una derivación de la dignidad humana. (...), el concepto de dignidad humana exige que las intervenciones del Estado en los derechos fundamentales sean proporcionadas y, sobre todo, que respeten el principio de necesidad. Cuando la libertad de un individuo es restringida por parte del estado con medios que van más allá de lo indispensable, dicho individuo resulta degradado a la categoría de objeto*

*(...) Sin embargo, (...) el Tribunal declaró por primera vez inconstitucional una pena impuesta por el Legislador a un delito, como consecuencia de la violación del principio de proporcionalidad*³⁴⁵.

En esta obra se ocupa de analizar la interpretación y la aplicación de los derechos fundamentales en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional español en el control de la constitucionalidad de las leyes, de la forma más racional posible y sin interferencias legítimas. En nuestro país, tenemos un antecedente muy reciente respecto a una sentencia de inconstitucionalidad en materia de legislación antiterrorista. El 03 de enero de 2003, se declaró fundada en parte la demanda, respecto a determinados artículos de los Decretos Leyes 25475, 25659, 25708, 25880 y 25744 y exhorta al Congreso de la República para que, dentro de un plazo razonable, reemplace la legislación correspondiente a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua y precise el máximo de pena; así como regular la forma y modo como se tramitarán los nuevos procesos.

En dicha sentencia se precisa que es “estipulativa”, porque expone los conceptos, alcances y efectos de la misma, de manera que, más adelante, ya no tenga que volver a explicarlos. Considera que el delito de traición a la patria, como está legislado en el referido Decreto Ley afecta el principio de legalidad penal, criterio que adoptó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Castillo Petrucci). En lo que concierne al juez natural, considera que al haberse previsto que tribunales militares puedan ser competentes para juzgar a civiles, así se trate de delito de traición a la patria o de terrorismo, el Tribunal Constitucionales los considera inconstitucionales. Y en cuanto a los Tribunales “sin rostro”, los magistrados encargados de del juzgamiento de los acusados por los delitos de terrorismo serán aquellos que correspondan de acuerdo a ley.

Jacobo López Borja de Quiroga, sostiene: *“Como toda medida cautelar sólo debe ser utilizada en los casos en que no exista otra medida menos grave que pueda producir idénticos resultados, es decir, debe siempre operar najo el principio*

³⁴⁵ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, - *El Principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003, p, 596.

*de proporcionalidad, de forma que la detención figure como una medida proporcionada y alejada de toda arbitrariedad”.*³⁴⁶

César San Martín, señala: *“Para actuar la ley sustantiva o para asegurar la ejecución efectiva de la sentencia, bajo la vigencia del principio de proporcionalidad, cuyo juicio de ponderación exige, entre otros requisitos, principios de prueba y necesidad insoslayable de restringir un derecho fundamental en aras de asegurar un fin legítimo del proceso penal”*³⁴⁷.

El Juez que decreta la detención preventiva de un imputado, debe realizar un juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y los intereses de los bienes jurídicos que trata de proteger. El Estado tiene interés en perseguir eficazmente el delito y también el deber de asegurar el ámbito concerniente a la libertad del ciudadano, pero respetando las reglas constitucionales que existen sobre la protección de la misma y debe durar el tiempo necesario, por lo que de ninguna manera debe prolongarse ad infinitum, a fin de que sea proporcional a los fines legítimos que se propuso el juez al dictarla, porque de no ser así, se tendría que el Estado siempre enjuicia a culpables, cuando La Constitución Política del Estado y las normas procesales e internacionales son precisas respecto a que el imputado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad.

Sobre la pena de cadena perpetua el Tribunal Constitucional considera *que sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otra que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal. Asimismo, se pronunció respecto a la proporcionalidad de la pena, debiéndose exhortar al legislador a fin de que cumpla con prever plazos máximos de pena en cada una de las figuras típicas reguladas en el Decreto Ley 15475. El derecho a la nacionalidad a la integridad persona (aislamiento celular continuo), etc.*³⁴⁸

En el actual Código Procesal Penal del 2004, verificamos que este principio se encuentra regulado en el artículo 253º, inciso 2). La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se

³⁴⁶ LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Akal S.A, Madrid- España, 1999, p, 220.

³⁴⁷ SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal*, cit., Vol. I, p. 69.

³⁴⁸ *Sentencia del Tribunal Constitucional*, cit, Exp N° 010-2002- AI/TC, p, 18 y ss.

impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes indicios delictivos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que: *“(...) su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola prácticamente en un sustituto de la pena privativa de libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio”*³⁴⁹.

Sentencia del Tribunal Constitucional: *“6. (...) No se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su establecimiento a nivel judicial depende de que existan motivos razonables y proporcionales que lo justifiquen. (...) 11. Finalmente, el mantenimiento de la detención judicial preventiva debe encontrarse acorde con el principio de proporcionalidad, ello significa que la detención judicial preventiva se debe dictar y mantener en la medida estrictamente necesaria y proporcional con los fines que constitucionalmente se persigue con su dictado (...)”*³⁵⁰.

Marcial Rubio señala: que el principio de proporcionalidad se deriva del Estado de Derecho, es decir, es consustancial a él y como tal debe ser enarbolado en la aplicación de nuestro Derecho. En relación con el contenido del principio, establece que debe haber proporción entre la acción cometida (en este caso, la delictiva) y la sanción que se va a imponer (en este caso la pena). La esencia del principio es, pues, comparativa: consiste en que dos componentes vinculados en el Derecho (la acción antijurídica y la sanción que corresponda) guarden proporciones de dimensión entre sí. Es un principio que relaciona dos o más elementos entre sí, de manera que no haya disconformidad de significación entre ambos.

Sobre el principio de proporcionalidad, señala que a diferencia con el principio de razonabilidad, no ha intentado elaborar una definición de la misma; hay que tratar de inducirla partir de los casos concretos que se han resuelto, son los siguientes: *“(...) obedece, entre otros motivos a la necesidad de*

³⁴⁹ Informe 12/96, Argentina, Caso Nº 11.245, párrafo 86. Mencionado en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Exp. Nº 1260 – 2002 de fecha 9 de julio 2002 (en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Nº 68, mayo, Lima, 2004, p. 237).

³⁵⁰ Sentencia del T. C. en el Exp. Nº 791 – 2002 – HC/TC (en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Nº 51, diciembre, Lima, 2002, p. 269).

*garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica*³⁵¹.

Otra sentencia del Tribunal Constitucional: *“El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución.*”³⁵².

En otra sentencia el Tribunal Constitucional sostiene: *“En la medida en que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho,(...). Es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio, en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del título preliminar del Código Penal*”³⁵³.

Sentencias del Tribunal Constitucional, referidos a la detención preventiva judicial precisan que el juez debe evaluar la aplicación de la razonabilidad y proporcionalidad antes de limitar la libertad personal del procesado, indicando las causas que la justifican a fin de evitar privaciones ilegítimas o arbitrarias, dictadas sin observar la concurrencia conjunta de los requisitos señalados en nuestro ordenamiento procesal, señalando como el órgano jurisdiccional deben valorar estos presupuestos cuando se dicta esta medida coercitiva en contra de un procesado, sobre todo tratándose de una privación de libertad; requisitos que muchas veces no son tomados en consideración por los jueces para decretar la detención preventiva judicial de

³⁵¹ Sentencia del T. C. en el Exp. N° 2050 – 2002 – AA/TC, sobre acción de amparo interpuesta por Flor Milagros Ramos Colque, contra la Resolución N° 544-2000-IN/PNP del 4 de octubre de 2000 y la resolución suprema ficta derivada como consecuencia de la reconsideración formulada (en RUBIO CORREA, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, cit., p. 249).

³⁵² RUBIO CORREA, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, cit., p. 240.

³⁵³ Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 03 de enero de 2003 en el Exp. N° 0010 – 2002 – AI/TC, sobre acción de inconstitucionalidad seguida por los ciudadanos con firmas contra los Decretos 25475, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas (en RUBIO CORREA, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, cit., p. 248).

un imputado, convirtiéndose en ilegítima y arbitraria; porque en un proceso penal el imputado no puede ser tratado como culpable y menos detenido, al tener a su favor la garantía constitucional de la presunción de inocencia y no la de culpabilidad.

“(…) 3 Son dos los factores sustanciales que deben ser atendidos por la judicatura al momento de evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de la limitación del derecho a la libertad personal materializada en una detención judicial preventiva: de un lado, las causales que la justifican; y, de otro, la duración de la medida”.³⁵⁴

V. 10. 6.- LEGALIDAD.- Sólo debe aplicarse la detención o prisión preventiva judicial cuando ésta se encuentra señalada expresamente en la ley, en la forma y por el tiempo señalado en ella. La vigencia del principio de legalidad procesal otorgará seguridad al ciudadano cuando enfrente a un tribunal de justicia, porque sólo se aplicará una medida restrictiva de libertad en su contra siempre y cuando concurren en forma conjunta los presupuestos señalados en las normas procesales, y llegado el caso, el órgano jurisdiccional le impondrá una pena al final al dictar una sentencia luego que se establezca plenamente su responsabilidad, respetando el debido proceso.

La fijación de requisitos para decretar una detención o prisión preventiva deben estar claramente establecidos y precisados en la Ley procesal, atendiendo a cuestiones de fondo y comprendiendo la determinación de la misma al derecho aplicable, las causas que la justifican y el tiempo que debe durar la medida coercitiva. Su vigencia es indiscutida, pero la aplicación práctica que verifican los jueces, muy por el contrario es extremadamente difícil por el incumplimiento de algunos a tomar en consideración los principios constitucionales y procesales que la protegen, tal como se comprueba con el excesivo porcentaje de presos sin haber sido objeto de sentencia en primera instancia.

³⁵⁴ *Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 2915 – 2004 – HC/TC (Federico Tiberio Berrocal Prudencio), Lima, (en selección de jurisprudencia en materia penal – Tribunal Constitucional – Centro de Estudios Constitucionales), mayo 2005, p, 53.*

En efecto, los llamados “reos sin condena” en nuestro país supera el 70% de la población carcelaria a nivel nacional que se encuentra sufriendo detención preventiva judicial sin haber sido juzgados en primera instancia; y se sostiene que parte de este elevado porcentaje es por la violación de los derechos fundamentales, como la no aplicación del principio de legalidad penal y procesal penal, el debido proceso, etc., porque algunos Jueces para pretender justificar la detención o prisión preventiva de un procesado, llegan al extremo de verificar una interpretación extensiva más allá del tipo penal invocado, lo que significa una vulneración a dicha garantía constitucional como viene sucediendo con muchos procesados que encuentra privado de su libertad arbitrariamente o por no respetar el principio de legalidad procesal, es decir, los presupuestos señalados en la norma antes referida y que deben concurrir en forma conjunta, para decretarla.

M^a Dolores Gonzáles Ayala: *“El derecho a la libertad personal implica la responsabilidad de restricciones o privaciones de libertad ilegítimas, lo que no impide que pueda excepcionarse estos, suspenderse o restringirse en aquellos supuestos en los que existe un interés superior que prevalece frente a ella, y siempre «en los casos previstos en la ley»³⁵⁵.*

Tribunal Constitucional: *“(…) 4. En sede judicial, el derecho a la libertad física y a que ésta no sea restringida en forma arbitraria, alcanza no solo a las denominadas “detenciones judiciales preventivas”, sino, incluso, a las condenas emanadas de sentencias expedidas con violación al debido proceso. A juicio del Tribunal Constitucional, las exigencias de legalidad y no arbitrariedad de la detención judicial no se satisfacen únicamente porque ésta haya sido expedida por un juez competente, pues si bien la competencia judicial constituye uno de los elementos que ha de analizarse a efectos de juzgar la arbitrariedad o no de la privación de la libertad³⁵⁶.*

Tribunal Constitucional: *“El hecho (...) que mediante la presente sentencia se asuma que la detención cuestionada ha sido arbitraria, y que por tanto la acción es fundada y la liberación del detenido procedente, no significa que el Tribunal*

³⁵⁵ GONZÁLES AYALA, *Las garantías constitucionales de la detención. Los derechos del detenido*, p.46.

³⁵⁶ *Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Exp. N° 791-2002- HC/TC, 22 de junio de 2002, Lima, (en Diálogo con la Jurisprudencia, N° 51, año 8, diciembre 2002- Hábeas Corpus interpuesto por Grace Mary Riggs Brousseau, p, 268*

*Constitucional esté efectuando juicios de valoración respecto de la inocencia o culpabilidad que pueda tener la persona en cuyo favor se interpuso la acción, pues ello será siempre atribución exclusiva y excluyente de las autoridades competentes.*³⁵⁷.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos CASO GANGARAM PANDAY VS. SURINAME, señala: “(...) Derecho a la libertad personal. 47. Esta disposición (artículo 7 de la Convención) contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que- aún calificados de legales- pueden reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad.”³⁵⁸

En esta sentencia dictada por la Corte Interamericana se reconoce que para privar preventivamente de libertad a un procesado se debe tener en consideración el principio de legalidad penal y procesal penal, como garantías constitucionales, para sustentar ¿cuándo y porqué se decreta detención?. Una resolución judicial que decrete el mandato de detención preventiva, debe primar el principio de legalidad procesal, es decir, la existencia de pruebas fehacientes que acreditan la comisión del delito y la vinculación con el imputado contra quien se decreta esta medida, como presupuestos básicos para que se pueda privar de libertad a una persona, tal como está señalado expresamente en la Ley procesal.

En toda resolución que disponga la detención de un imputado se debe precisar los argumentos pertinentes por los cuales se decreta la privación de libertad a una persona, para tal efecto, tiene que concordar los hechos y las pruebas que se hayan actuado, con cada uno de los presupuestos que

³⁵⁷ Ejecutoria del Tribunal Constitucional, Exp. N° 1324-2000-HC/TC del 19 de diciembre de 2001 (en *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 31, Año 7, Abril 2001, p. 111).

³⁵⁸ LANDA ARROYO, César, *cit*, p. 99

se requieren para disponer una detención o prisión preventiva; así como la norma jurídica que se invoca, verificando una correcta adecuación con el tipo penal señalado; además, el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta lo expuesto por el fiscal y por el agraviado o parte o actor civil – según el caso - e imputado, concerniente a las pruebas de cargo y descargo que se hayan actuado en la investigación preliminar o al inicio de la instrucción o investigación preparatoria, respectivamente, verificando la valoración de las mismas, a fin de que esté convencido de la medida que dicta y que el imputado se encuentre vinculado al delito, así como la concurrencia de los presupuestos o requisitos señalados, dándose cumplimiento a lo establecido en la norma procesal.

V. 10. 7.- JUDICIALIDAD. Significa que sólo el Juez está facultado para decretar la detención o prisión preventiva judicial de acuerdo a la Constitución Política del Estado, a pedido del Fiscal único sujeto procesal legitimado para recurrir al Juez a fin de que la decreta, siempre y cuando cumpla con los requisitos señalados en la norma procesal; salvo el caso en delito flagrante que puede ejecutarlo la policía. La razonabilidad de esta privación de libertad tiene su fundamento porque corresponde sustentarla al juez que la decretó y quien debe mantener bajo examen la necesidad de variarla o prolongarla de manera razonada.

Esta privación de libertad tiene que ser decretada en una investigación preliminar, preparatoria o judicial por el magistrado determinado previamente por la ley, por ser una medida coercitiva de carácter personal, que se faculta de acuerdo a la Constitución y normas procesales, únicamente de manera exclusiva al órgano jurisdiccional para dictarla, bajo ciertas condiciones y requisitos previamente establecidos en la ley procesal y sólo puede estar autorizada por un determinado tiempo, lo imprescindible para tramitar y concluir el proceso, con la finalidad de cautelar sus fines.

Corte Interamericana de Derechos Humanos al dictar sentencia CASO GENIE LACAYO VS. NICARAGUA, esta medida coercitiva debe ser dictada por un juez competente, respetando el debido proceso. *“Debido proceso.- (...)*

74. El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal” o “derecho de defensa procesal”, que consiste en el derecho de toda persona de ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera.³⁵⁹

El Tribunal Constitucional: “(...) 6. En la medida en que la detención judicial se dicta con anterioridad a la sentencia condenatoria es en esencia una medida cautelar. (...), por lo que la validez de su establecimiento judicial depende de que existan motivos razonables y proporcionales que lo justifiquen.”³⁶⁰

En una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, le reconocen esta facultad al juez respecto a la detención preventiva judicial: “(...) 10. Que cabe agregar que no obstante que los fundamentos jurídicos anteriores hayan advertido, en el caso de autos, la violación de los derechos constitucionales al procedimiento preestablecido, la motivación resolutoria y la presunción de inocencia que son manifiestamente garantistas del derecho constitucional del debido proceso prescrito en el artículo 139 ° inciso 3) de la Norma Fundamental, ello no significa que este Tribunal se haya arrogado competencias que no le están permitidas, (...) pues su dilucidación ha de corresponder siempre a los jueces y magistrados de la vía ordinaria, conforme lo ha establecido nuestro ordenamiento jurídico.”³⁶¹

Con este principio se corrobora que la única autoridad para decretar una detención preventiva judicial es el juez, es una actividad que viene impuesta en forma expresa la Constitución Política del Estado; lo que significa que el Fiscal en una investigación preliminar no está facultado para disponer la detención del denunciado, sino todo lo contrario como defensor de la legalidad y de los derechos humanos ante la verificación de una detención arbitraria por parte de la autoridad policial debe disponer la inmediata libertad del detenido, porque sólo está autorizado para privar de libertad el

³⁵⁹ LANDA ARROYO, César, *ibidem*, p. 181.

³⁶⁰ Ejecutoria del Tribunal Constitucional, Exp. N° 791 – 2002 – HC/TC, cit, p. 269.

³⁶¹ Sentencia Tribunal Constitucional, Exp. N° 0032 – 2000 – HC/TC. Exp. 0065 – 2000, acumulados (en El Peruano 4 de noviembre de 2002, p. 3580).

Juez predeterminado por la ley con anterioridad a la comisión del delito que motiva el proceso penal.

La afectación del derecho fundamental de la privación de libertad de una persona le corresponde dictarla mediante el ejercicio exclusivo de su potestad al órgano jurisdiccional con carácter instrumental de la investigación, persecución y juzgamiento de delitos, solamente en aquellos supuestos que señala el ordenamiento procesal; y que de manera excepcional se faculta a la Policía detener a una persona es en el caso de flagrante delito. Así como también deben estar sometidas a los fines que la justifican y bajo su control mientras dure esta medida, porque al darse cumplimiento al objeto que la motivó deba variar dicha medida.

V. 10. 8.- MOTIVACIÓN. Toda resolución judicial, y sin duda con mayor énfasis las relacionadas con el ámbito penal en todas sus dimensiones, sustantiva, procesal y penitenciaria, ha de sujetarse a las exigencias de la motivación, que en los casos de detención o prisión preventiva judicial el Juez ha de exteriorizar el porqué de la medida teniendo en consideración el importante gravamen que ella supone, especialmente por tratarse de la privación de libertad; y dicha resolución tiene que ser congruente y coherente entre los hechos imputados, las pruebas actuadas y el derecho invocado, entre lo que se solicita y lo que se resuelve.

El Tribunal Constitucional: “(...) 10. La motivación de una resolución judicial no se basa en una determinada extensión de ella, toda vez que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta fuese breve o concisa, condiciones que cumple con suficiencia la resolución cuestionada, desde que claramente explica las razones por las que se consideran cumplidos los requisitos del artículo 135 del Código Procesal Penal”.³⁶²

³⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional, exp. N° 3282 – 2004 – HC/TC, (fundamento jurídico 10), en revista Actualidad Jurídica, tomo 145, diciembre 2005, p. 164

Tribunal Constitucional español: “(...) este Tribunal ha establecido reiteradamente que el deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales, expresando en ellas las circunstancias que justifican tal limitación es una exigencia formal de principio de proporcionalidad y persigue, como fin, hacer posible el debate y comprobación de la legalidad y racionalidad de la restricción acordada. (...), debe efectuar necesariamente el juicio de ponderación entre el derecho o derechos fundamentales afectados y los intereses que tal afectación trata de proteger. (...). A fin de valorar si la motivación expresada es suficiente para acordar la restricción de la libertad personal para útil recordar aun de forma breve, (...)”.³⁶³ En este caso concreto resuelto, la STC llega a la conclusión de la inconstitucionalidad de las resoluciones impugnadas, ante la falta de expresión de los fines constitucionalmente legítimos que pudieran justificar la prisión provisional.

El Tribunal Constitucional español indica dos criterios de enjuiciamiento en la motivación de la medida cautelar: “El primero exige tomar en consideración, además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. El segundo introduce una matización en el anterior al valorar la incidencia que el transcurso del tiempo ha de tener en la toma de decisión del mantenimiento de la prisión, (...)”³⁶⁴.

Faustino Cordón Moreno, hace referencia a la motivación en las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional español, sosteniendo: “(...) Al respecto ha declarado el Tribunal Constitucional que “la motivación exigible a cualquier resolución que afecte a ese valor superior (la libertad) no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales y fundamentales de la decisión, sino que debe extenderse a las circunstancias que constitucionalmente justifican la situación de privación de libertad. Por decirlo en otros términos: en la medida en que está en juego el valor superior de la libertad, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no sólo

³⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional español 2000: Prisión provisional carente de fundamentación. Exigencias para la legitimidad constitucional de la prisión provisional. p. 110 (en JAÉN VALLEJO, La justicia penal en la jurisprudencia constitucional, cit., p. 47).

³⁶⁴ JAÉN VALLEJO, La justicia penal en la jurisprudencia constitucional, cit., p. 54.

*exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en que la Constitución permite la afectación (...)*³⁶⁵.

La Constitución Política señala en forma expresa que el juez para decretar la detención preventiva judicial debe hacerlo mediante una resolución debidamente motivada por ser una garantía constitucional o el derecho a la tutela judicial efectiva, debiendo primar el principio de la congruencia, contrastando la existencia de pruebas fehacientes de la comisión del delito y la vinculación con el autor o partícipe, así como una valoración suficientemente razonada de los hechos y del resultado de los medios probatorios, adecuándolo al tipo legal correspondiente.

Asimismo, en los casos en las que no concurren estos presupuestos debe resolver declarando la improcedencia de la detención preventiva por no estar fundada en los hechos, en las pruebas actuadas y el derecho invocado, dando conocer las razones que lo han llevado para decidir en ese sentido y que responde a una concreta interpretación y aplicación de la norma jurídica, así como la valoración de lo actuado, todo ello independiente de la parquedad y concentración del razonamiento empleado; también podrá disponer comparecencia cuando el juez no está convencido o porque tiene una duda razonable o incertidumbre en lo solicitado, el juez no debe disponer la privación de libertad, pues en este caso prima la presunción de inocencia y no la de culpabilidad.

La violación al principio constitucional de la motivación en las resoluciones judiciales relacionadas con la detención o prisión preventiva se presenta en casi la mayoría de los casos debido a que no se encuentran debidamente justificadas, tanto en el aspecto normativo o legal, como en los hechos imputados, porque no han sido acreditados en forma fehaciente en el curso de la investigación preliminar o en la instrucción o investigación preparatoria, lo que origina que el juez disponga la privación de libertad sin la concurrencia de los presupuestos señalados en forma expresa en la norma procesal y que son de estricto cumplimiento por los jueces.

³⁶⁵ *Cordón Moreno, Faustino, Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal, Editorial Aranzadi S.A. Navarra, España, 1999, p, 179.*

Es más, la resolución no debe agotarse únicamente, como sucede muchas veces en el órgano jurisdiccional, en los que se limitan a una simple mención de los hechos, las pruebas actuadas y la norma jurídica aplicable; porque basado en el principio constitucional de motivación deben responder con coherencia a las argumentaciones presentadas por los encargados de denunciar y los que tienen la carga de la prueba, con las presentadas por el imputado como descargo, por lo que es imperativo que el juez al dictar esta medida coercitiva debe contrastarla y las imputaciones formuladas deben adecuarse al tipo legal invocado. De acuerdo a la doctrina y al título preliminar del NCPP – 2004, la interpretación extensiva más allá del tipo legal o analógica sólo está permitida cuando favorece al imputado y no como lo verificamos en algunos casos cuando los jueces penales la verifican en contra del procesado, para justificar una detención preventiva judicial.

Tal como lo hemos expuesto tratándose de la detención el juez debe fundamentar las razones por las cuales decreta dicha medida y que debe responder a los fines que se persiguen en un proceso penal, respetando los derechos fundamentales; y no basarla, como lo hacen algunos jueces en la gravedad del delito, sino, en las pruebas actuadas al inicio de la investigación preliminar o en el curso del proceso que corroboran los cargos imputados, debiendo tener en cuenta de manera objetiva las circunstancias personales del imputado en las que se pueda concluir que pueda fugar o perturbar la actividad probatoria y que es estrictamente necesaria la medida de la detención a fin de que el juicio se desarrolle sin obstáculos hasta conseguir su objetivo.

La resolución que dicta un Juez al decretar la detención de un imputado debe brindar seguridad jurídica, y la mejor forma de hacerlo es en cuanto a la fundamentación que se esgrima, la misma que en cumplimiento del derecho fundamemntal de motivación, debe ser razonada, coherente y lógica, en cuanto a la valoración de lo actuado, tanto en lo fáctico como en lo jurídico, respecto al delito que puede revestir gravedad y debe estar debidamente acreditado, así como la participación delictiva y responsabilidad penal del imputado. Además, debe precisar las razones que tiene para haber

llegado al convencimiento de la existencia del peligro de fuga y perturbación de la actividad probatoria.

No debe primar como argumento una supuesta seguridad o eficacia en la persecución del delito, ni mucho menos la presunta culpabilidad del imputado, porque el Juez debe considerar que esta medida es excepcional, provisional y proporcional, es decir, debe precisar en su resolución la necesidad y urgencia de la detención, además de que no existen otras medidas menos gravosa para el derecho a la libertad a través de las cuales pueda alcanzarse los mismos fines que con la detención preventiva judicial. No se trata de una medida punitiva, porque solamente motivos razonables y proporcionales son los que la justifican que un Juez la decrete, más de ninguna manera la gravedad de la pena, porque aplicarla basada en este argumento a quien tiene la condición de imputado, supone invertir el principio constitucional de presunción de inocencia por el de culpabilidad o simple sospecha.

V. 11.- PRESUPUESTOS PARA DECRETAR MANDATO DE DETENCIÓN O PRISIÓN PREVENTIVA JUDICIAL DE ACUERDO A LA DOCTRINA

Joan Picó i Junoy señala que deben concurrir dos presupuestos:

- a) *El fumus boni iuris, esto es, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; y*
- b) *El periculum in mora, que debe integrarse con la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de esta medida, tal como evitar el riesgo de sustracción a la acción de la justicia*³⁶⁶.

Teresa Armenta Deu: “a) *La medida debe ser adoptada por un órgano dotado de jurisdicción, (...) (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado).* b) *Instrumentalizada. Las medidas no pueden configurarse como un fin en sí mismas, sino como mero instrumento para hacer efectivo el proceso (...),* c) *Idoneidad. La medida debe ser idónea para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la*

³⁶⁶ PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 74.

sentencia. (...), d) *Proporcionalidad*. Supone que si son varias las medidas que se pueden acordar, se debe adoptar la menos perjudicial³⁶⁷.

Claus Roxín: "(...) II. La prisión preventiva es la injerencia más grave en la libertad individual; por otra parte, ella es indispensable en algunos casos para una administración de justicia penal eficiente. (...)..

I. *Ámbito de aplicación temporal* La prisión preventiva es admisible en cualquier estado del procedimiento.(...)

II. *Presupuestos materiales*

1. *Sospecha vehemente con respecto a la comisión del hecho punible*. Esto es, debe existir un alto grado de probabilidad (con todo detalle) de que el imputado ha cometido el hecho y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad.

2. Además, debe existir un motivo de detención específico:

a) *Fuga o peligro de fuga*. (...) cuando en razón de determinadas circunstancias:

aa) se verifica que el imputado está prófugo. (...)

b b) según apreciación de las circunstancias del caso particular existe el peligro de que el imputado no se someterá al procedimiento penal ni ejecución.

b). *Peligro de entorpecimiento*. Exige que el comportamiento:

a a) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falseará medios de prueba.

b b) Influirá de manera desleal en coimputados, testigos o peritos (...).

c c) Inducirá a otros a realizar tales comportamientos y si por ello existe el peligro de que él dificultará la investigación de la verdad. (...)

c) El motivo de detención de «gravedad del hecho» (...) resultaría peligroso (...), si se lo interpretara en el sentido de que en caso de sospecha vehemente de la comisión de uno de los crímenes mencionados, se pudiera imponer la prisión preventiva sin examinar los demás presupuestos.

d) *Peligro de reiteración* (...) El orden interno de un Estado se revela en el modo en que está regulada esta situación de conflicto³⁶⁸.

Gimeno Sendra: "a) La detención es, ante todo, una medida cautelar del objeto procesal penal, (...). Por esta razón han de concurrir en la detención todos los presupuestos (*fomus boni iuris* y *periculum in mora*) y elementos (*jurisdiccionalidad*, *instrumentalidad*, *provisionalidad* y *homogeneidad*), (...); b),

³⁶⁷ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 197. catedrática de Derecho Procesal Penal en España, al tratar del tema de las medidas coercitivas, y concretamente a las referidas a las privativas de libertad

³⁶⁸ ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, op. Cit, p, 258

presenta dos especialidades atinentes a los elementos de la «jurisdiccionalidad» y de la «provisionalidad» (...); c) El objeto material sobre el que recae esta medida cautelar es la «libertad de ambulatoria» o derecho a la libertad de movimiento. (...); d) la detención está sometida al principio de proporcionalidad (...); f) El cumplimiento de la legalidad en la adopción y ejecución de esta medida se asegura material y procesalmente: (...) g) La adopción de esta medida cautelar se encuentra condicionada en algunas ocasiones al cumplimiento de determinadas circunstancias objetivas y subjetivas.³⁶⁹

San Martín, refiere lo que sostiene Ortells Ramos. “La primera regla está referida a la constancia en la causa de la existencia de un hecho que presente las características de delito. Comprende los aspectos objetivos del delito, no los condicionantes de la responsabilidad penal que se dan en la atribución subjetiva del delito a una persona determinada. Los datos de la investigación han de ofrecer plena seguridad sobre estos aspectos, por lo que en caso de duda no es posible acordar la prisión. La segunda regla está en función, propiamente, al juicio de imputación contra el imputado. Este juicio debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud acerca de la intervención del encausado en el hecho delictivo (...)”³⁷⁰.

Asimismo, menciona a Gimeno Sendra: “La segunda regla está en función, propiamente, a juicio de imputación contra el imputado. (...). Se requiere, por tanto, algo más que “un indicio racional de criminalidad”, el plus material es la existencia de una sospecha motivada y objetiva sobre la autoría del imputado, (...)”³⁷¹.

San Martín Castro: “**La primera regla**, (...) específicamente en los recaudos acompañados por el Fiscal, de existencia de un hecho punible. Se trata de tener acreditados los aspectos objetivos del delito, que dicen de su imputación objetiva, los que han de ofrecer plena seguridad sobre su constitución.

La segunda regla. Exige la presencia de elementos probatorios que vinculen al imputado con el delito denunciado. Comprende los aspectos fácticos y jurídicos insitos en la atribución del delito a una persona determinada”³⁷².

El Tribunal Constitucional: “(...), justificado la detención preventiva únicamente con el argumento de que existirían elementos de prueba que incriminan a los recurrentes y que la pena aplicable, de ser el caso, sería superior a los cuatro

³⁶⁹ SENDRA, Gimeno, op, cit, p, 285

³⁷⁰ SAN MARTÍN CASTRO, “La privación cautelar de la libertad”, en Cátedra Nº 8-9, 2002, p. 145.

³⁷¹ SAN MARTÍN CASTRO, “La privación cautelar de la libertad”, cit., p. 145.

³⁷² SAN MARTÍN CASTRO, Derecho Procesal Penal, cit., Vol. II, p. 824.

años, (...) considera que la emplazada ha violado el derecho a la presunción de inocencia y, racionalmente la libertad individual de los recurrentes (...)³⁷³.

Odono Sanguiné: *“Como la prisión preventiva est  situada entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado y el deber de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro, el propio Estado es quien est  obligado a conseguir ambas metas en tensión, y ello sólo es posible a través de la justa ponderación por el juez de los valores en conflicto”*³⁷⁴.

De lo expuesto, se llega a determinar que para imponer la privación de libertad, sólo debe dictar cuando el imputado ha cometido un acto definido como delito en la Ley, que el Juez ha llegado al convencimiento que contra quien se dicta dicha medida es el autor o partícipe del mismo; y, los presupuestos que deben concurrir conjuntamente contra un imputado, coincidiendo en sostener que el Estado tiene el deber de perseguir eficazmente el delito, pero al mismo tiempo garantiza la libertad de la persona, motivo por el cual el Juez para decretarla tiene que estar convencido, de la comisión del delito y su vinculación como autor o partícipe.

V. 12.- REQUISITOS PARA DECRETAR MANDATO DE DETENCIÓN DE ACUERDO AL ARTÍCULO 135 DEL CPP. DE 1991

V. 12. 1.- Que existan suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso que vincule al imputado como autor o partícipe de la comisión del delito.

De este inciso deducimos que el requisito que se requiere para decretar detención, es diferente al auto apertorio de instrucción, en efecto:

a). Para decretar el mandato de detención se requiere la existencia de suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito. Para dar inicio a un proceso penal se requiere de indicios suficientes o elementos de juicios reveladores de la existencia de un delito.

b) Que existan medios probatorios fehacientes de que la persona contra quien se decreta la detención preventiva, está vinculado al delito.

³⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N  1260 – 2002 (en Diálogo con la Jurisprudencia, N  68, mayo, Lima, 2004, p. 237).

³⁷⁴ SANGUINÉ, La prisión provisional y los derechos fundamentales, cit., p. 42.

Para dictar el auto apertorio instrucción contra un imputado, basta que se presuma su participación.

c) Para dictar la detención preventiva debe estar sustentado en elementos de convicción, basados en pruebas fehacientes que existen al momento de decretarla.

Para abrir instrucción no se requiere que el juez esté convencido, si no que se presuma la comisión del delito y la culpabilidad del imputado.

De lo expuesto, tenemos que el juez al disponer la privación de libertad de un procesado debe fundamentar la resolución que dispone su detención, precisando las pruebas que demuestran que se ha cometido el delito denunciado y las que lo vinculan como autor o partícipe del hecho punible, lo que en la práctica no es tomada en cuenta como es de verse en nuestra realidad judicial, porque inclusive la dictan ante la existencia de una duda razonable, es decir, no tienen la certeza, ni la convicción de la existencia del delito o la probable participación del imputado en el hecho punible; porque no basta una simple imputación de un hecho grave, sino la existencia de pruebas y no ser así, se convierte en arbitraria esta medida coercitiva.

Oré Guardia: *“La aplicación de cualquiera de las medidas contempladas en la «escala coercitiva» exige, por los demás, una cierta base probatoria, es decir, una razonable y fundada presunción sobre la posible responsabilidad del imputado. Por otra parte, cuanto más grave la medida coercitiva, mayor debe ser el respaldo de elementos de juicio que sustenten la verosimilitud de la responsabilidad del acusado”*³⁷⁵.

Roy Freyre: *“La existencia de de suficientes elementos probatorios es el resultado de una estimación **prima facie** que hace el Juez de los recaudos presentados por el Fiscal en su denuncia”*.³⁷⁶

El juez debe verificar una valoración razonada de la autenticidad de la prueba o resultado de los medios probatorios que corroboran las imputaciones formuladas con las cuales se ha destruido la presunción de inocencia; y en caso de duda razonable o incertidumbre no debe decretar la detención del procesado. Es el caso, que como argumento o sustento de la

³⁷⁵ ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Editorial Alternativas, Lima, 1993, p. 167.

³⁷⁶ Roy Freyre, Luis E., *cit*, p, 529

conurrencia del primer requisito en algunas resoluciones se limitan a indicar la existencia de este presupuesto concebido en latín como *fomus boni iuris*, sin indicar o precisar lo que señala nuestro ordenamiento procesal, esto es, que debe estar sustentado con la presencia de suficientes elementos probatorios de la comisión del delito imputado y la sindicación racional de la participación en el hecho punible de manera concreta.

V. 12. 1. 1.- EJECUTORIAS.-

En una ejecutoria suprema se concluye: *“Si el mismo representante del Ministerio Público en su denuncia respectiva precisa que se desconoce la forma y circunstancias en que ocurrió el evento, (...) (se) evidencia la carencia de elementos probatorios que vinculen de manera directa al inculpado como autor de la muerte de la agraviada, puesto que las presunciones detalladas y las contradicciones que se le atribuyen por versiones proporcionadas por terceras personas no resultan suficientes a efectos de sustentar la medida extrema de coerción personal, máxime si la versión del imputado deviene imprescindible, la cual deberá ser confrontado con los elementos recabados y a recabarse y así llegar a la verdad legal de los hechos”*³⁷⁷.

En otra ejecutoria suprema: *“Se tiene que en el caso sub examine el primer presupuesto para dictar el mandato de detención que es la suficiencia probatoria no está totalmente establecida, pues, del estudio de los primeros recaudos aportados en la denuncia del representante del Ministerio Público, se aprecia que no existen suficientes elementos probatorios que vinculen a las denunciadas con la comisión del hecho doloso perpetrado en contra de la agraviada, subsistiendo solamente la sindicación de dicha agraviada; en consecuencia, siendo esta medida cautelar personal de presupuestos concurrentes para su aplicación, corresponde aplicar la medida de comparecencia, siempre en atención a los principios de protección al derecho fundamental de la persona que es su libertad”*.³⁷⁸

“Se ha afectado el principio de proporcionalidad al mantener vigente el mandato de detención dictado contra el beneficiario, no obstante que se acredita en autos el debilitamiento de la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a dicha medida,

³⁷⁷ Exp. N° 6507 – 98 – A, de 9 de diciembre de 1998 (en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 35, agosto, Lima, 2001, p. 251).

³⁷⁸ Ejecutoria Suprema Penal, Insuficiencia probatoria, Exp. N° 7424 – 97 – A, 16 de marzo 1998.

*resultando plausible optar por una alternativa menos gravosa respecto al derecho a su libertad física, lo que no implica en modo alguno, un pronunciamiento sobre su responsabilidad penal, la que deberá ser determinada por el juez ordinario competente*³⁷⁹.

Asimismo, de acuerdo a la modificación mediante la Ley N° 27226, no constituye elemento probatorio la condición de miembro de una empresa cuando el delito se haya cometido en el ejercicio de una actividad realizada por una persona de dicha entidad. Más aún, es racional que el juez al momento de decretar mandato de detención, debe considerar que cuando el delito denunciado revista gravedad se requiere la existencia de una mayor cantidad de medios probatorios que lleven a la convicción y no la simple sospecha o presunción de culpabilidad, como sucede en resoluciones dictadas por algunos jueces, que vulneran derechos fundamentales y que afectan la libertad personal. Y en el caso, de que se hayan desvanecido la suficiencia de pruebas que dieron lugar a que en un primer momento se decrete la detención preventiva judicial, debe variarse dicha medida por otra menos grave, lo que en muchas oportunidades no sucede.

V. 12. 2.- PROGNOSIS DE PENA.

El inciso 2 del artículo 135, modificado por el artículo 4° de la Ley N° 28726, señala: *“Que la sanción a imponerse o la suma de de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del delito”*.

De esta absurda e ilógica modificación del referido inciso, pues antes de ella se fijaba- al igual que en el NCPP – 2004, una pena superior a 4 años; y, sostengo que es absurda, porque si examinamos el C. P., casi todos los artículos tienen una pena superior a un año de pena privativa de libertad, con mayor razón si suman, motivo por el cual es una norma como un gran mayoría se dictan sin sustento jurídico ni lógico, es indudable que este tipo de modificaciones, con las incongruencias como son redactadas, tienen su explicación, porque fue aprobada por el Congreso de la República y

³⁷⁹ *Exp N° 0222 – 2004 – HC/TC, Guía de jurisprudencia del Tribunal Constitucional, p 594, publicada en el Proceso Penal en su Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, p 599.*

promulgada por el Poder Ejecutivo víspera de una contienda electoral, es decir, sin sustento jurídico, sino que solamente con fines populistas. Al igual, en la misma ley se modificó el C. P., adicionando en el artículo 46 – C, sobre la habitualidad, que fue reprobado en la exposición de motivos, por configurar la ley penal del autor.

Algunos jueces, para fundamentar la detención de un imputado, se basan en el máximo de la pena señalada al delito o delitos por los cuales se ha dispuesto abrir instrucción, sosteniendo que por la gravedad de los mismos existe la posibilidad de fuga y perturbación de la actividad probatoria, sin tener en cuenta la inexistencia de pruebas que acrediten la comisión del hecho punible ni la vinculación del imputado con éste; ni mucho menos lo señalado en la Ley N° 27753 que modificó el inciso 3 del artículo 135, que se precisa: (...) *no constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia, la pena prevista en la Ley para el delito que le imputa*.

Por tal razón es muy acertada la opinión del Doctor Pablo Sánchez Velarde, al referirse a la concurrencia del segundo requisito para decretar mandato de detención: *“Este requisito de pena probable no debe confundirse con la pena prevista, objetivamente, para el delito en la ley penal, sino con la posibilidad de sanción a imponerse dentro de sus márgenes, dada la naturaleza del ilícito, los elementos probatorios que se hayan actuado preliminarmente y las condiciones personales del imputado*.

Al órgano jurisdiccional le corresponde esta valoración atendiendo a los presupuestos aludidos. En tal sentido, no prejuzga sino valora tales circunstancias y sobre la base de ellas se proyecta en la posibilidad de pena. Esta valoración puede ratificarse o desvirtuarse con las diligencias probatorias actuadas durante la investigación o instrucción. En tal sentido, este requisito no se satisface afirmando objetivamente que el delito de robo agravado está sancionado con pena privativa de libertad de entre 3 y 8 años, o se sustente en que la pena máxima es de 8 años”³⁸⁰.

Sanguiné: *“Para evitar la arbitrariedad o que se atendiera a motivos totalmente ajenos a la función que debe cumplir la institución, se suele recurrir a la gravedad de la pena como criterio a los efectos de aplicar las normas reguladoras de la prisión provisional, incluidas las que establecen sus plazos máximos de duración*.

³⁸⁰ SÁNCHEZ VELARDE, *Comentarios al Código Procesal Penal*, cit., p. 217.

(...). En relación al criterio penológico de la gravedad de la pena, se afirma que generalizar la prisión provisional para todos los supuestos en que la pena prevista supera un determinado quantum, sólo encuentra explicación en inconfesadas razones de pretendida de defensa social, convirtiendo tal medida en pura anticipación generalizada del cumplimiento de la pena en un momento en que se dice cubierto por la presunción de inocencia, que de este modo queda francamente desnaturalizada en presunción de peligrosidad. Además, la previsión de una pena elevada no puede por sí sola servir de fundamento a la prisión provisional porque no es «un hecho preciso», es decir, un índice seguro de riesgo de fuga, debiendo ser determinado según las circunstancias del caso³⁸¹.

El pretender considerar la gravedad de la pena como argumento para decretar la detención preventiva judicial, en el fondo este fundamento se basa en la supuesta peligrosidad del imputado lo que no puede llevarnos a establecer una distinción clara entre diversos tipos penales de acuerdo al quantum de la pena, así como tampoco a una elección entre la intervención del Estado en el ámbito penal y el medio-social, más aún, si se pretende utilizar ésta con la finalidad de prevención de delitos, porque de ser así, se quebranta la presunción de inocencia, sobre todo, porque en contra de ella se sustenta la presunción de culpabilidad.

Sostener, como sucede con algunas resoluciones dictadas por jueces penales basado en la gravedad del delito imputado y el máximo de la pena que corresponde al hecho punible, no puede ser tomada de manera autónoma o aisladamente de los otros requisitos señalados en el artículo 135° del C. P. P. de 1991 y sus respectivas modificatorias, ni servir de sustento para fundamentar el peligro de fuga o perturbación de la actividad probatoria, porque se vulnera el principio de proporcionalidad, pues decretar dicha medida coercitiva basado en la prognosis de pena, sólo cumpliría una función de tranquilizar a la comunidad o calmar a los medios de comunicación, situación que se presenta muy a menudo, lo que ha motivado preocupación y objeto de pronunciamiento en un pleno jurisdiccional, por violar el derecho fundamental de la libertad.

³⁸¹ SANGUINÉ, *La prisión provisional y los derechos fundamentales*, cit., p. 108.

Así, ni la gravedad del delito, ni la gravedad (aún no establecida) de la culpabilidad, ni la consideración de la “intranquilidad” originada en la opinión pública que considera intolerable que el autor (supuesto) de un delito que reviste gravedad quede en libertad, o la presunta alarma social que puede generar la comisión de un hecho punible, no puedan justificar la detención preventiva de un imputado, porque para decretarla se requiere la existencia de pruebas fehacientes del delito y la vinculación del autor o partícipe, además de objetividad de la posibilidad de fuga o perturbación de la actividad probatoria y que pueden repercutir en los fines del proceso penal, antes que la probable pena.

Asimismo, se debe aplicar con rigurosidad el principio de legalidad y una interpretación restrictiva de la ley aplicable al caso concreto, debiéndose tener en cuenta que la detención de un presunto delincuente, no es motivo para solucionar el problema de la inseguridad ciudadana o alarma social; por lo tanto, para cubrir estas deficiencias existentes, no se puede recurrir al proceso penal apenas instaurado y sin mayores pruebas de su vinculación con el delito imputado, para privar de libertad a un presunto culpable, sino que el sustento de una medida coercitiva debe servir para fines estrictamente cautelares, previa concurrencia de los tres requisitos señalados en la norma procesal, en forma conjunta.

V. 12. 2. 1.- EJECUTORIAS.

Tribunal Constitucional: “(...) 6. *No se trata de una sanción punitiva, (...). Por ello, no puede sólo justificarse en la prognosis de la pena que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se aplicará a la persona que hasta ese momento tiene la condición de procesado, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad.* 7. *Sobre el particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que «tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. (...). La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos*

*fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio» (...)*³⁸².

Cabe hacer mención a las sentencias o ejecutorias supremas dictadas por el órgano jurisdiccional, el Tribunal Constitucional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en principio deja expresa constancia que no se trata de una sanción punitiva, porque tal argumento supone invertir la presunción de inocencia por el de criminalidad; ni mucho menos bajo el pretexto del interés de proteger a la sociedad, no se respeten los derechos fundamentales del individuo, porque de hacerlo se considera que este equilibrio se rompe en perjuicio de éste último, motivo por el cual si la detención preventiva se dicta basándose en el quantum máximo de la pena, sin verificar una prognosis de la misma, ni mucho menos sobre la concurrencia de los otros presupuestos para decretarla, es arbitraria.

Ejecutoria suprema: *“La prognosis de pena y la revocatoria del mandato de detención: Según la jurisprudencia, es pertinente revocar el mandato de detención y ordenar la comparecencia cuando se advierte que la pena conminada fluctúa, en este caso de dos a quince años, de tal forma que la sanción a imponerse puede ser inferior a cuatro años de pena privativa de la libertad”*³⁸³.

En otra ejecutoria suprema, se precisa respecto a la prognosis de la pena: *“Si bien es cierto que la revisión de los recaudos acompañados con la denuncia, existen suficientes elementos probatorios que vinculan al denunciado como autor o partícipe del delito denunciado, también lo es que, realizando una prognosis de la pena a imponérsele, éste no será merecedor de una sanción superior a los cuatros años de pena privativa de la libertad, por lo que no concurriendo copulativamente los presupuestos que contiene el artículo 135º del Código Procesal Penal; (...): dictaron mandato de comparecencia”*³⁸⁴.

De las ejecutorias antes referidas podemos concluir que los jueces para decretar mandato de detención no deben sustentarla en el máximo de la pena señalada para el delito denunciado, sobre todo cuando la Ley N° 27753

³⁸² *Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. 791 – 02, en Diálogo con la Jurisprudencia, año 8, N° 51, diciembre 2002, p. 269.*

³⁸³ *Expediente R.N. N° 3547 – 96 – Huancavelica del 24 de septiembre de 1996, (En ROJAS VARGAS, Fidel, Jurisprudencia Procesal Penal, p. 210.*

³⁸⁴ *Expediente N° 4049 – 98 – B, del 3 de noviembre de 1998 (en Diálogo con la Jurisprudencia, N° 35, agosto, Lima, 2001, p. 260).*

que modificó el artículo 135° del C. P. P. lo señala en forma expresa, sino que el órgano jurisdiccional debe considerar de acuerdo a las pruebas actuadas que la pena probable que le pudiera corresponder supera un año, es decir, verificar una prognosis de la misma o un acercamiento a lo que a su criterio llegado el momento en que tenga que dictarse una sentencia condenatoria cual podría ser la pena aplicable, pero con la concurrencia de los otros presupuestos señalados en la ley procesal, sobre todo, porque el derecho a la libertad obedece a una doble dimensión: a) como un valor superior que inspira el ordenamiento jurídico y la organización estatal; b) por ser un derecho subjetivo que tienen todas las personas sin distinción alguna a la presunción de inocencia.

La restricción de la libertad personal es muy grave, cuando se verifica en base a una presunción indiciaria de culpabilidad y se toma como sustento la pena que le corresponde al delito objeto de denuncia, pero sin mayores elementos probatorios, por lo que no procede decretar esta medida, máxime cuando no existe la seguridad de la producción del hecho punible y sin la existencia de certidumbre respecto a la imputación formulada en su contra de que hubiera intervenido como autor o partícipe, ni mucho menos basarla en que la pena aplicable va a ser mayor a un año, primando este criterio, a fin de que en su oportunidad se le imponga una sanción, sin tener la seguridad de manera objetiva que pueda fugarse u obstruir la actividad probatoria.

V. 12. 3.- PELIGRO PROCESAL DE FUGA O ENTORPECIMIENTO DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Algunos jueces para sustentar la existencia de este requisito para decretar la privación de libertad de un imputado, lo sustentan en la gravedad del delito denunciado como una razón para que un procesado no concurra al llamado judicial, sin fundamentar las razones de esta negativa. Pero, en todo caso de existir esta posibilidad, lo que pesa en el ánimo de quien no concurre a las citaciones que imparte el órgano jurisdiccional más que el temor a la pena que pudiera corresponderle, es el miedo a la detención preventiva judicial, porque es ampliamente difundido que en nuestro país

que pasan varios años antes de ser objeto de juzgamiento en primera instancia, pese a que se encuentra protegido por la garantía de la presunción de inocencia.

Odón Sanguiné indica los presupuestos del peligro de fuga lo siguiente:

a) *La gravedad del delito, que constituye una auténtica presunción de incomparecencia y aparece como elemento valorativo casi único, automático y suficiente para decretar la medida.*

b) *Los caracteres de ciertos delitos por su naturaleza y al margen de su gravedad, pueden servir para presumir un cierto peligro de fuga.*

c) *Las circunstancias del hecho. Habrá que ser entendido a los efectos de valorar un específico riesgo de fuga, las diversas circunstancias que puedan elevar o reducir la pena concreta a imponer.*

d) *Las circunstancias del imputado. Son las relativas a los antecedentes del mismo que pueden ser tomadas en cuenta como motivo valorativo de un concreto peligro de fuga, así como el carácter del mismo; arraigo en el lugar, etc.*

e) *En la incomparecencia judicial el riesgo de la fuga es presumido, cuando el imputado no comparezca a la llamada judicial sin motivo legítimo que lo impida.*

f) *La incidencia del transcurso del tiempo. Tiene especial trascendencia respecto del principal motivo legitimador de la prisión provisional, el riesgo de fuga*³⁸⁵.

San Martín Castro, señala: “Existen un conjunto de datos relevantes que permiten valorar el peligro de fuga. Es de tener presente, lo siguiente:

1. *Son datos relevantes – que el juez debe valorar – la posibilidad de huir al extranjero del imputado; su arraigo en el país; su carácter y moralidad; y su profesión, domicilio, recursos y lazos familiares.*

2. *Esos datos permiten obtener una presunción de incomparecencia al proceso y ello con independencia de la gravedad de la presunta pena a imponer.*

3. *La gravedad de la pena no basta por sí sola para probar el peligro de fuga, sino que debe conjugarse con toda una serie de circunstancias que coinciden con las arriba expresadas.*

4. *La concurrencia o no de cualquiera de los parámetros citados anteriormente por sí solos*³⁸⁶.

³⁸⁵ SANGUINÉ, *La prisión provisional y los derechos fundamentales*, cit., p. 131.

³⁸⁶ SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal*, cit., Vol. I, p. 825.

James Reátegui Sánchez: *“En el peligro procesal debe destacarse una actitud rebelde del imputado hacia el sometimiento del proceso y la eventual aplicación de la Ley penal. Dicha actitud es, sin lugar a dudas, una cuestión subjetiva que incide negativamente en el comportamiento del imputado de no asumir las obligaciones procesales. Por lo tanto, debe verificarse una intención de no querer “ponerse a derecho”, siendo consciente de las consecuencias que esto puede acarrear. Esta situación del imputado bien puede llamarse “dolo procesal – cautelar”, ya que es una tendencia subjetiva de hacer daño a los intereses del proceso penal. La existencia del dolo procesal – cautelar es una medida que implica un peligro hacia los fines del proceso”*³⁸⁷.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto que este requisito tiene validez para su aplicación, si se toma en cuenta este riesgo, desde el punto de vista netamente objetivo, es decir, que el imputado contra quien se dicta esta medida restrictiva demuestre su intención de no concurrir a las citaciones impartidas en la investigación preliminar y que pretende fugarse del país u obstruir la actividad probatoria de acuerdo a las acciones realizadas para que el Juez llegue a dicho convencimiento, no de manera subjetiva, ni mucho menos basado en la gravedad de la pena, porque por sí sola no puede servir de sustento para concluir una posible fuga, sino que exista una manifestación expresa por parte del imputado sobre este particular de pretender perturbar la actividad probatoria.

V. 12. 3. 1.- EJECUTORIAS.

Tribunal Constitucional: *“La existencia del peligro procesal debe determinarse a partir del análisis de una serie de circunstancias concurrentes antes o durante el desarrollo del proceso, y que están ligadas, fundamentalmente, con las actitudes y valores morales del procesado, lo mismo que con su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y todo factor que permita concluir, con un alto grado de objetividad, (...). La ausencia de un criterio razonable, terminarían convirtiendo a la*

³⁸⁷ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *“La problemática de la detención en la jurisprudencia procesal penal”*. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2008, p.46.

*detención judicial preventiva o, (...) en arbitraria por no encontrarse razonablemente justificada*³⁸⁸.

Otra sentencia del Tribunal Constitucional: “(...) 7. “La existencia del peligro procesal debe determinarse a partir del análisis de una serie de circunstancias (...) fundamentalmente, con las actitudes y valores morales del procesado, su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y todo otro factor que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la libertad del inculpado, (...). La ausencia de un criterio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, termina convirtiendo el dictado de la detención judicial preventiva o, en su caso, su mantenimiento, en arbitrarios”³⁸⁹.

Tribunal Constitucional: “(...) En el presente caso, existen determinadas circunstancias que permiten concluir objetiva y razonablemente que el imputado tiene vocación por obstaculizar la labor de investigación en la causa que se le sigue. (...) tuvo como antecedente inmediato una serie de denuncias constitucionales en su contra, las mismas que se ventilaron en el Congreso de la República, y que dieron lugar a dos informes de la Subcomisión investigadora encargada de su caso. De análisis de dichos informes se concluye que el imputado muestra una actitud tendiente a obstaculizar la investigación por los delitos de los que se le acusa. (...)”³⁹⁰.

Otra sentencia del Tribunal Constitucional: “(...) 4 el principal elemento a considerarse con el dictado de la medida cautelar de detención debe el peligro procesal. Tales fines deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que antes y durante el desarrollo de los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan a ocultarse o salir del país o sustraerse a una sentencia prolongada. La inexistencia de un indicio razonable (...) termina convirtiendo el dictado o el mantenimiento de la detención judicial preventiva en arbitraria, por no encontrarse razonablemente justificada (STC. 5490- 2007)”³⁹¹

³⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 3380 – 2004 – HC/TC, Huanuco, 28-12-2004, (En Diálogo con la Jurisprudencia, N° 79, abril 2005, año 10, p. 299.)

³⁸⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 5086 – 2006 – HC/TC de 9 julio de 2007 (en el Diario El Peruano, publicado el 3 de enero de 2008, p. 15683.

³⁹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 1567 – 2002 – HC/TC, Lima, 5 de agosto de 2002 (En Hábeas Corpus y Amparo TORRES CARO, Carlos y otros.), p. 293

³⁹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 03206 – 2008 – HC/TC, de 2 de diciembre de 2008, en Revista Diálogo con la Jurisprudencia N° 126, p. 249.

Otra sentencia del Tribunal Constitucional: *“El grado de exigencia cautelar siempre debe ser el menos gravoso y aflictivo para el procesado, más aún si en el presente caso no se aprecia la existencia de peligro procesal, resultando por ello arbitraria la continuación del encarcelamiento preventivo procesal”*³⁹².

Otra sentencia del Tribunal Constitucional: *“18 (...) En particular, el peligro de que el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia. Tales fines deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que antes y durante el desarrollo del proceso puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse de una posible sentencia prolongada.”*³⁹³

Otra sentencia del Tribunal Constitucional: *“(...)4. Existe el riesgo de alteración o desaparición de las fuentes de prueba, por parte del imputado, dado que las organizaciones criminales orientan sus actividades a dificultar la investigación y persecución penal, lo que justifica la adopción de una medida restrictiva de la libertad (...)”*³⁹⁴

En otra sentencia del Tribunal Constitucional, señala: *“4 (...) si en el caso del beneficiario no se aprecian elementos de juicio que permitan apreciar la existencia de peligro procesal, resultando por ello arbitrario la continuación de su encarcelamiento preventivo procesal (...)”*³⁹⁵

El Tribunal Constitucional español identifica los dos criterios relacionados con el peligro procesal de fuga: *“El primero exige tomar en consideración, además de las características y gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. El segundo introduce una matización en el anterior al valorar la incidencia que en el transcurso del tiempo ha de tener en la toma de la decisión de mantenimiento de la prisión, (...) también es verdad que el paso del tiempo modifica estas circunstancias*

³⁹² Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, Exp. N° 122 – 2000 – HC/TC, Exp. N° 261-2000- HC/TC (acumulados), Rafael Eduardo Franco de la Cuba, 28 de abril de 2002, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 6, N° 23, agosto de 2000, p, 276.

³⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 3390 – 2005 – HC/TC, Jacinta Margarita Toledo Manrique, 6 de agosto 2005, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 11, N° 85, octubre 2005, p, 200.

³⁹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 1753 – 2003 – HC/TC, Lima, José Julio Dellepiani Massa, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 9, N° 66, marzo 2004, p, 254.

³⁹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, exp. N° 500 – 2000 – HC/TC, Lima, 25 de agosto de 2000, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 7, N° 29, febrero 2001, p, 141.

y obliga a ponderar los datos personales y los del caso concreto conocidos en momentos posteriores”³⁹⁶.

En otra sentencia del Tribunal Constitucional español: “Para el recurrente las resoluciones impugnadas vulneran su derecho a la libertad personal, en primer término, porque no expresan ningún fin legítimo que justifique la privación de ella que la prisión supone y, en segundo lugar, porque la gravedad abstracta de los delitos y las penas y la alarma social no bastan para justificar la prisión desde la perspectiva constitucional dado que no se han tenido en cuenta las circunstancias personales y de arraigo familiar alegadas”³⁹⁷.

El Tribunal Constitucional español: “(...) la constatación y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar (...) ya se refieran a las sospechas de responsabilidad criminal, y a los riesgos de fuga, a la obstrucción de la investigación, a la reincidencia o a otros requisitos constitucionalmente legítimos que pueda exigir la ley (...)”³⁹⁸.

En una ejecutoria suprema: “Que (...) se fundamentó en la supuesta gravedad del delito que se le imputa y la existencia de peligro procesal por una probable fuga, no configura una motivación resolutoria suficiente que sustente la necesidad de la continuación del encarcelamiento preventivo del beneficiario, por cuanto los elementos de juicio que obran en autos referidos a su situación jurídico-penal no justifican que sea posible del rigor de esta medida de coerción (...)”³⁹⁹.

Es el caso, que el Juez al dictar el mandato de detención en muchas oportunidades no toma en cuenta:

a) Para sustentar la concurrencia del peligro procesal de fuga el Juez debe considerar:

1) el arraigo en el país del procesado (determinado por el domicilio, residencia habitual, familia, negocios o trabajos, bienes que posee y las facilidades para abandonar el país);

2) la actitud voluntaria del imputado para resarcir el daño ocasionado y comportamiento del imputado durante el proceso.

³⁹⁶ JAÉN VALLEJO, *La justicia penal en la jurisprudencia constitucional*, cit., p. 54.

³⁹⁷ JAÉN VALLEJO, *La justicia penal en la jurisprudencia constitucional*, cit., p. 110.

³⁹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional español 47/2000. *Derecho a la libertad personal: Prisión provisional carente de fundamentación. Exigencias para la legitimidad constitucional de la prisión provisional* (en JAÉN VALLEJO, *La justicia penal en la jurisprudencia constitucional*, cit., p. 103).

³⁹⁹ *Diario El Peruano* (Publicada el 4 de noviembre de 2000) Págs. 3580 - 3581

b) de perturbación o peligro de obstaculización de la actividad probatoria (destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba o influirá para que los coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o induzca a otros para que realicen tales comportamientos).

Con la detención preventiva se invierte el sentido de la presunción de inocencia, con el derecho de la sociedad a mantener el orden y la seguridad para la convivencia pacífica, convirtiéndola finalmente, en muchos casos en una medida arbitraria, tornándola cada vez más vacía desde el momento que se violan los presupuestos claramente precisados en forma expresa en el artículo 135° del C.P.P. – 1991, e interpretado en reiteradas ejecutorias del Tribunal Constitucional y de la Salas Penales de la Corte Suprema, así como diversas circulares y Plenos Jurisdiccionales que han llegado a dicha conclusión cuando no concurren conjuntamente tales presupuestos.

La medida de detención preventiva no debe estar basada en forma exclusiva, en la naturaleza del delito que es particularmente objetable desde el punto de vista social porque significa que se convertiría en un sustituto de pena, máxime cuando no existe relación o proporcionalidad entre el delito imputado y la duración de la privación de libertad, porque se prolonga en el tiempo más allá de lo necesario, pese a que en muchos procesos se agota la investigación judicial y no es objeto de sentencia en primera instancia. Es ciertamente exigible afirmar la existencia de un fin legítimo para decretar la detención preventiva, ante la exteriorización de los extremos que permitan concluir que el imputado trata de evitar la adecuación de medidas que impiden alcanzar los fines que se persiguen en un proceso penal.

Puede ser considerado como fundamento para decretar detención preventiva, cuando existen evidencias que el imputado ha impedido, demorado o se ha puesto de acuerdo con otros imputados que están siendo investigados en el curso normal de un proceso judicial o existe el riesgo de que los testigos u otros procesados puedan ser amenazados por el imputado, es decir, debe tratarse de un peligro efectivo de que el imputado impedirá la investigación, dada la complejidad de un proceso que se requiere

interrogatorios difíciles que deben llevarse a cabo y al asumir actitudes de ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba que tengan relevancia para el proceso. Para llegar al convencimiento de la perturbación de la actividad probatoria, se debe tener en consideración la capacidad que pueda tener el imputado para acceder personalmente o valiéndose de terceros a las fuentes de prueba o llegado el caso que pueda influir sobre otros inculpados, testigos o peritos.

No se puede aceptar como justificación a esta medida coercitiva, que se sustente la perturbación de la actividad probatoria cuando se trata del ejercicio de derecho de defensa o una simple falta de colaboración del inculpado en el curso de la investigación preliminar. Y en cuanto al riesgo de fuga, para valorarla el juez tendrá en consideración, además de la naturaleza del hecho, de la gravedad del delito, la situación familiar, laboral, económica y la posibilidad que pueda viajar fuera del país o del lugar donde se lo procesa o la posibilidad de que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima o seguir agraviándola como puede suceder en caso de delitos contra la libertad sexual o que el imputado pueda cometer otros hechos delictivos. Es indudable que estas justificaciones para decretar la detención de un procesado deben tomarse con mucha reserva, pero en la práctica el juez no debe dejar de considerarlas, llegado el caso, y que se sustente objetivamente que va a evadir la acción de la justicia y que perturbará la actividad probatoria. Es más, debe durar un tiempo razonable para conseguir la finalidad que se persigue en un proceso penal, y cuando ya no exista el peligro procesal de fuga o perturbación de la actividad probatoria, se debe disponer su libertad.

VI.- DETENCIÓN Y PRISIÓN PREVENTIVA EN EL NCPP – 2004.

VI. 1.- CUESTIONES PREVIAS.

El NCPP – 2004 es un cuerpo de leyes promulgado, pero lamentablemente, no se encuentra vigente en su totalidad – excepto en algunos distritos judiciales –, habiéndose establecido para tal efecto una

Comisión encargada de su implementación en forma progresiva en todo el país; - aún cuando el Ejecutivo no la respeta al dictar medidas efectistas para su implementación en Lima, solamente para el llamado “sistema anticorrupción”. En otros distritos judiciales la investigación y juzgamiento de los autores o partícipes en la comisión de un delito se lleva a cabo de acuerdo con lo que prescribe el C. de P. P. de 1940 – con sus respectivas modificaciones –, 22 artículos del C.P.P. de 1991; tres artículos (39 a 41- Transferencia de competencia), y el libro Séptimo – La Cooperación Judicial Internacional – (artículos 508 – 566) del NCPP – 2004.

Esta una situación muy sui géneris en la administración de justicia en el ámbito penal, porque a nuestro criterio viola el principio de igualdad ante la ley, al no aplicarse en todo el país el modelo acusatorio; porque como sabemos, este nuevo ordenamiento procesal es garantista no solamente para el imputado, sino para todos los sujetos procesales, razón por la cual sostenemos que debe entrar en vigencia dada su importancia, en la totalidad del territorio peruano lo concerniente al capítulo de las medidas coercitivas decir, en todos los distritos judiciales por tratarse de privación de libertad, como derecho fundamental de importancia, es que debe ser de inmediata aplicación a fin de que no seigan cometiendo arbitrariedades, además de otros capítulos, como hemos expuesto anteriormente.

La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, señala que: *“las normas relativas a los derechos, las libertades se interpretan con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre la misma materia ratificados por el Perú”*, los mismos que tienen que ser considerados por el órgano jurisdiccional cuando se trata de restringir los derechos fundamentales por constituir uno de los principios más importantes en el desarrollo de la seguridad jurídica del país, porque al someter a un imputado a una prisión preventiva pese a que tiene a su favor la presunción de inocencia que le asiste a toda persona a quien se le imputa la comisión de un delito; es cuando más debe tener en cuenta estos derechos, porque además de privarlo de su libertad ha de causarle una serie

de problemas vinculados a su vida social, familiar y laboral, al trascender esta grave situación a todo el entorno relacionado con él.

Asimismo, la negativa a responder a los interrogatorios o guardar silencio a nuestro criterio no puede ser invocado como obstaculización de averiguación de la verdad, porque la verdad material no se consigue con lo que responda el procesado, sino con otros medios probatorios o indicios, para tal efecto, previamente, se debe evaluar las pruebas aportadas, los hechos y el derecho aplicable, motivo por el cual el Juez llegue a la convicción de su procedencia de la detención y cuando sea imposible lograrlo con otras medidas cautelares menos gravosas, recién podrá decidirse a privar de libertad a un imputado, porque la regla debe ser que éste durante todo el proceso penal debe encontrarse en libertad sin que pese medida alguna que la restrinja, por ser una medida excepcional, proporcional y razonable.

José María Ascencio Mellado, refiriéndose al NCPP – 2004, señala: *En su conjunto responde a un modelo de proceso penal acusatorio, eficaz y moderno, respetuoso con los derechos humanos, y adecuado para el cumplimiento de los fines que le son propios. Y en este marco, la regulación de la prisión provisional que efectúa es plenamente respetuosa con los principios señalados, con la naturaleza cautelar de la medida y con su finalidad. (...) En suma, sin olvidar la necesidad de asegurar la eficacia del proceso, sitúa la privación de libertad en su lugar preciso y autoriza su restricción únicamente cuando es absolutamente necesario, cuando no existen otras disposiciones menos gravosas para el derecho que puedan cumplir adecuadamente la misma función*⁴⁰⁰.

En este nuevo cuerpo de leyes, tenemos que lo relacionado con la detención y prisión preventiva judicial se encuentra previsto en el artículo VI del Título Preliminar del C.P.P., *“las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con todas las garantías previstas por la Ley. (...)* Igualmente, se encuentra regulada en la

⁴⁰⁰ ASCENCIO MELLADO, José María, “La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú”, en *el Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales*, Víctor Cubas Villanueva, Yolanda Doig Díaz, Fany Soledad Quispe Farfán, coordinadores. Palestra Editores, Lima 2005, p. 494.

Constitución, Tratados Internacionales, normas procesales internas; las mismas que deben ser decretadas únicamente por el órgano jurisdiccional en el modo y la forma como están previstas, constituyendo un indicativo muy preciso para valorar la democracia de un Estado. Por tratarse de una medida cautelar debe responder al respeto a los principios que protegen los derechos fundamentales.

Es el caso, que en el rubro de los preceptos generales sobre la aplicación de las medidas de coerción personal, tenemos lo siguiente:

a).- Toda medida coercitiva que limite un derecho fundamental deben ser dictadas por el órgano jurisdiccional, salvo las excepciones señaladas en la Constitución Política. El Juez es el único facultado para decretar una medida coercitiva, en virtud de leyes procesales que fijen las condiciones, modo y forma en que ha de procederse al dictarla, sin alterar la garantía constitucional que tutela la libertad personal; y la excepción está referida a la policía que puede ejecutarla en caso de flagrancia. El estado de libertad del imputado durante la sustanciación del proceso es el principio.

b).- Serán decretadas, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley, con el exclusivo propósito de asegurar los fines del proceso penal, como es: la eficaz investigación del hecho punible y la aplicación efectiva de la ley penal. Es decir, los jueces deben respetar los presupuestos que exige la ley procesal para limitar los derechos fundamentales y considerarlos como legítimas porque lo convierten en una medida cautelar;

Asimismo, la innovación y precisión que nos trae este nuevo cuerpo de leyes es indicar que el Fiscal es el único sujeto procesal facultado para solicitar la aplicación de una medida coercitiva al Juez y no el actor civil como sucede en la actualidad, con las debidas garantías que señala la correspondiente norma procesal, debiendo precisar que procede su pedido con las pruebas aportadas y actuadas- llegado el caso en una investigación preliminar-, debiendo estar sustentado en suficientes elementos de convicción de que se ha acreditado el delito y que el procesado se encuentre vinculado a éste.

c).- Se impondrá mediante una resolución motivada, a instancia del Fiscal que es la parte procesal legitimada. El inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política señala en forma expresa que toda resolución debe ser fundamentada; y en este caso, se reitera este requisito al tratarse de la privación de libertad, la misma que debe ser congruente y coherente, concordándolo con los hechos, las pruebas actuadas y el dispositivo legal invocado. Que se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican la adopción de esta medida, a fin de que no sea considerada arbitraria, si no que sea acorde con las pautas del razonamiento lógico, es decir, una resolución fundada, razonada y coherente.

d).- Debe estar sustentada en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza, la finalidad de las medidas y al derecho fundamental objeto de limitación. Al respecto cabe mencionar que de acuerdo al nuevo ordenamiento procesal, se requiere que el Juez llegue al convencimiento de acuerdo a las pruebas que se han ofrecido y actuado acreditan la comisión del delito y la vinculación del imputado, motivo por el cual le corresponde que se decrete detención preventiva, sino que éstos convenzan al Juez de los hechos imputados corroboran o no la existencia del peligro que pueda eludir a la justicia o lo lleven a la conclusión con un alto grado de objetividad que pone en riesgo el desenvolvimiento de la investigación y la eficacia del proceso, ante la existencia de elementos que permiten prever mediante la constatación de actos que manifiestan una inequívoca voluntad del imputado que ha de perturbar u obstaculizar la actividad probatoria.

e).- El respeto al principio de proporcionalidad, en base a éste el Estado tiene la función de solucionar un conflicto entre el derecho a la libertad personal y el derecho a la seguridad del individuo, ante la comisión de un delito y que merece ser sancionado penalmente. Es decir, no debe existir una desproporción entre el fin que se persigue y los medios que se utilizan son inadecuados para conseguirlo, siendo necesario que se tenga en cuenta que la detención o prisión preventiva judicial se debe dictar en casos de estricta necesidad, ponderando los intereses o bienes jurídicos afectados

con el derecho a la presunción de inocencia y la libertad personal, para concluir si es cualitativamente apta para conseguir el objetivo que se persigue.

Respecto a como es tratado la detención o prisión preventiva en el NCPP – 2004, el profesor Arsenio Oré Guardia y Liza Ramos Dávila en un artículo publicado en una revista, sostienen.

“Para frenar el abuso de coerción penal en una adecuada transición hacia el modelo acusatorio, el NCPP 2004 otorga a la presunción de inocencia un lugar privilegiado. (...) la exigencia de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías, como presupuesto necesario para tratar a una persona como culpable y condenarla. En el mismo sentido, y sobre la base de la presunción de inocencia, el NCPP exige la existencia de “elementos de convicción” que sustenten la limitación de la libertad del imputado. Además de ello, el NCPP 2004, provee a los jueces de diversas vías alternativas para enfrentar la delincuencia, sin tener que recurrir a la prisión como primera ratio⁴⁰¹.

Para los efectos de que se dicte una medida restrictiva de detención preventiva judicial en una investigación preliminar o prisión preventiva en una investigación preparatoria, se requiere la actuación de una suficiente actividad probatoria de cargo y actuada con las garantías del debido proceso, sin vulnerar un derecho fundamental en contra del imputado y que lleve al Juez al convencimiento de que éste es responsable de la comisión del delito que se le imputa, al haberse destruido la presunción de inocencia que tiene a su favor; además de que no exista otra alternativa, respecto a otra medida que sea menos perjudicial y que cumpla con los mismos objetivos o fines del proceso penal.

VI. 2. PRECEPTOS GENERALES:

VI. 2. 1.- PRINCIPIOS Y FINALIDAD. Artículo 253

Inciso 1.- Se precisa que solamente puede ser restringido en el curso de un proceso penal, si la ley lo permite, y con las garantías previstas, más no fuera del juicio, como sucede en la actualidad. En efecto, de acuerdo a lo señalado en la Ley 27379, promulgada el 21 de diciembre de 2000, que

⁴⁰¹ ORÉ GUARDIA, Arsenio y RAMOS DÁVILA, Liza, *Del modelo inquisitivo al acusatorio. A propósito de la próxima puta en vigencia del Código Procesal Penal 2004*” en artículo publicado en la Revista Actualidad Jurídica, Tomo 142, setiembre 2005, p, 120.

regula los procedimientos para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares en casos de necesidad y urgencia en los que por las características particulares de la situación que origina que el Fiscal podrá solicitar al Juez penal la detención preliminar de un “investigado” hasta por 15 días siempre que existan elementos de convicción para estimar razonablemente que se ha cometido uno de los delitos que revisten gravedad y que se encuentran claramente precisados en la mencionada ley con la intervención de la persona investigada, además, que exista la posibilidad de fuga o que obstaculizará la actividad probatoria, porque no basta la sospecha, sino que se requiere la probabilidad de la existencia del hecho punible y de la participación del imputado.

De acuerdo a lo previsto en la Ley 27934, el Fiscal podrá solicitar al Juez penal, que dicte la detención preliminar hasta por 24 horas cuando no se da el supuesto de flagrancia, lo que no sucederá cuando entre en vigencia el nuevo Código Procesal Penal, en el que solamente está previsto que se decrete la detención preliminar judicial de un imputado en el **marco del proceso penal**. Que si bien es cierto, esta detención es decretada por un Juez, bajo el pretexto de asegurar la presencia del imputado, porque de acuerdo al C. de P. P. 1940 recién se da inicio a un proceso penal, con la apertura de una instrucción o investigación judicial en curso. Sin embargo, tal como lo señala dicha ley, solamente ante una investigación preliminar verificada por el Fiscal o la Policía y en los delitos que revisten gravedad y extrema peligrosidad, en casos de estricta necesidad (evitar el peligro de fuga o para obtener una fuente de investigación) y urgencia (asegurar la presencia de un imputado para obtener una evidencia).

En realidad, si el Fiscal está plenamente convencido de la comisión del hecho punible y que el imputado se encuentra vinculado a él, lo más lógico y congruente es que se formalice la denuncia ante el Juez – de acuerdo al C. de P. P., para que dicte la medida coercitiva de carácter personal correspondiente si lo considera procedente y no recurrir a estos pedidos a fin de que el investigado permanezca en un centro policial en virtud de lo resuelto por el Juez. Sin embargo, en lo que respecta al NCPP – 2004,

cuando el Fiscal solicita la prisión preventiva judicial en una investigación preliminar, esto significa que ya se dio inicio a la acción penal o proceso penal.

Inciso 2.- La detención o prisión preventiva sólo cabe que sea dictada por el Juez predeterminado por la ley – tal como lo señala en forma expresa la Constitución Política –, que se encuentre autorizado en la norma procesal correspondiente. Se debe respetar el principio de proporcionalidad, es decir, que no exista otra medida menos gravosa que a su vez sea la pertinente para conseguir el objetivo que se persigue procesalmente, además, tiene que guardar proporción con la gravedad del delito y la posibilidad del riesgo que se pretende evitar, debiendo existir un equilibrio entre la detención que se dicta y el bien jurídico que se priva. En este caso, se afecta la libertad de una persona que es un derecho fundamental, que como sabemos tiene protección constitucional, por lo que solamente cabe aplicarla en los delitos que revisten gravedad. Y, en lo que respecta, al objeto de esta medida coercitiva, es justamente, que al final del proceso el imputado pueda ser sancionado al ser hallado responsable del delito, así como también el normal desarrollo del proceso.

Reátegui Sánchez: *“De este principio de proporcionalidad se articulan dos motivos concurrentes para la legitimidad de la privación de libertad; 1) delito grave, y, 2) peligrosismo procesal, que a su vez se expresan en varios peligros concretos, algunos de los cuales son muy polémicos”.*

Asimismo, se debe tener en consideración que al dictar esta medida tiene que ser necesaria; así como, la existencia de suficientes elementos de convicción para acceder a dictarla, por tratarse de la restricción de un derecho fundamental.

Inciso 3.- Se puede afirmar en base a los fundamentos políticos de nuestra Constitución y el respaldo de las normas internacionales que protegen los derechos humanos, la pérdida de la libertad en virtud de la prisión preventiva, sólo tiene justificación en la medida que los intereses y derechos de más alto rango del Estado, de la sociedad y del individuo lo hagan necesario y que exista una causa justa, como que el delito se encuentre debidamente acreditado; y, se debe llevar a cabo cuando:

a.- Fuere indispensable y por el tiempo estrictamente necesario. Al respecto, Gonzalo Ríos Labarthe al tratar el tema de la prisión preventiva en el CPP. 2004, sostiene. *Solo será “indispensable” (y proporcional), cuando la aplicación al caso concreto de las demás medidas restrictivas- que cumplen los mismos fines-, resulten insuficientes (necesidad), y cuando la intensidad de la intervención no sea desproporcionada frente al peso de las razones que la justifican (proporcionalidad en sentido estricto)*⁴⁰².

b.- En cuanto a la temporalidad de la medida, debemos recordar que uno de los principios de la prisión preventiva es la provisionalidad, razón por la cual, ésta debe limitarse a fin de que llegado el caso no se confunda con la pena; asimismo, debe ser revisada cuando se modifiquen las causas que originaron se dicte dicha medida, tal como está prevista en el artículo 255 del cuerpo de leyes en mención. Variación que la puede solicitar el Fiscal en su calidad de defensor de la legalidad y de los derechos ciudadanos; el Juez de oficio podrá disponer su modificación por otra medida menos gravosa al verificar que han cambiado las causas que motivaron que en su momento prive de libertad al imputado; y por último de conformidad con lo prescrito en el artículo 283 el imputado está facultado para solicitar el cese o la variación de la prisión preventiva. Es decir, están sujetos a la regla *rebus sic stantibus* (que obligan a mantener o continuar así las cosas) cuando éstas no varíen, porque debe revocarse cuando desaparezcan o varíen las razones que fundamentaron su adopción.

El artículo 272 del NCPP – 2004, señala que el plazo no será mayor a 9 meses; y en los procesos complejos el plazo límite no durará más de 18 meses. En tanto que el artículo 274, señala que esta medida puede prolongarse hasta 36 meses como plazo máximo de prisión preventiva de un imputado cuando existan circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación, y que el imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia, de tal manera que vencido dicho plazo el imputado debe ser puesto en inmediata libertad, lo que no sucede en la actualidad,

⁴⁰² RÍOS LABARTHE, Gonzalo, *La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal. Requisitos, características y marco general aplicable*, en *Revista Actualidad Jurídica*, tomo 159, febrero 2007, p. 112.

cuando se llega al extremo de prolongarla hasta más de 72 meses, lo que constituye un abuso y una evidente vulneración del derecho constitucional del plazo razonable, violación que el Tribunal Constitucional como máxime intérprete de la Carta Magna no ha señalado en forma expresa un límite al plazo.

c.- Prevenir los riesgos de fuga, porque al asegurar la presencia del imputado en el juicio y la pena que se le pueda imponer, la misma que no sería posible si no concurre a la lectura de la sentencia. Así como también el ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, a fin de evitar el incumplimiento del pago de una reparación civil o el resarcimiento del daño originado por el procesado ante la comisión de un hecho delictivo en contra del bien jurídico del agraviado.

d.- Obstaculización de la averiguación de la verdad. Lo que se trata de evitar es el ocultamiento, destrucción, modificación, manipulación, supresión o falsificación de los elementos de pruebas; también para evitar que el imputado pueda influir en los otros procesados, testigos o peritos que proporcionen una falsa información. Es decir, el Juez debe justificar esta medida mediante la constatación de actos que manifiesten una inequívoca voluntad de perturbar la actividad probatoria.

e.- Evitar el peligro de reiteración delictiva.- En lo referente a la habitualidad, no solamente es un tema superado por la doctrina nacional y extranjera, razón por la que ni siquiera merece un análisis al respecto, máxime cuando la habitualidad se puede aplicar sin haberse establecido la responsabilidad penal del imputado en el primer caso, la misma que recién se verifica en la sentencia en las que se aplicará las reglas del concurso de delitos, sin embargo, se considera como una causal para decretar detención o prisión preventiva.

Es el caso, tal como se verifica en el C.P. 1991, elaborado por la Comisión encargada de la elaboración del Proyecto del Nuevo Código Penal, presidida por el Dr. Luis E. Roy Freyre, quien inclusive redactó la Exposición de Motivos – hecho que me consta por haber sido testigo presencial –, no se consignó ningún artículo referente a la reincidencia y habitualidad. Sin

embargo, al concluir la elaboración del proyecto en referencia y luego de ser entregado al Poder Ejecutivo, el Congreso inexplicablemente – sólo con fines políticos –, “nombró una Comisión Revisora”, por tratarse de un Decreto Legislativo, de acuerdo al reglamento de dicho Poder del Estado, solamente interviene después de promulgado – casi nunca lo hacen –, para revisarlo. En este caso concreto, originó una gran injusticia en contra del Dr. Luis E. Roy Freyre, al no ser considerado como Presidente, ni siquiera como integrante de dicha Comisión Revisora; y lo que es más grave, al promulgar dicho Código, se llegó al extremo de no mencionar ni consignar los nombres de quienes integraron la comisión que elaboró el proyecto que sirvió de sustento para este nuevo cuerpo de leyes, sin embargo, si figuraron las otras comisiones que se nombraron para tal fin.

La referida comisión revisora, la única modificación que verificó fue la de incluir al final de la exposición de motivos, el rubro de Reincidencia y Habitualidad, sosteniendo lo siguiente: *“Hoy no resulta válido, en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal del autor). La Comisión Revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes, por lo demás, debidamente ejecutadas. (...) La experiencia ha demostrado que la drasticidad de las penas impuestas en nombre de la reincidencia y habitualidad no han servido para atemorizar, de conformidad con criterios de prevención general”*⁴⁰³

Por tal motivo, nos ha sorprendido la reincorporación de la reincidencia y la habitualidad, lo que evidencia un claro retroceso en el ámbito penal, reflejando la mentalidad retrógrada de quienes propugnaron la dación de esta Ley ante la incapacidad de afrontar el problema del incremento de la criminalidad en nuestro país – la única explicación es que se verificó con fines electorales y no jurídicos –, aumentando la crisis en el sistema penitenciario. Tanto en el Código penal vigente, como en el Anteproyecto de Ley del Código Penal – Parte General – elaborado por la Comisión Especial

⁴⁰³ Código Penal, Decreto Legislativo 958. Exposición de Motivos.

Revisora del Código Penal, nombrada mediante la Ley N° 27837, las proscribió. Incrementar la pena basado en la reincidencia o habitualidad bajo el pretexto de que se atemoriza, carece de lógica, humanidad y sustento jurídico. El hecho de pretender que se decrete la prisión o detención preventiva de un imputado bajo el pretexto de la existencia de una o varias condenas precedentes que en su momento fueron ejecutadas, de acuerdo a lo que sostiene la doctrina, no puede ser aceptable, porque basado en los antecedentes siempre se decreta dicha medida.

La reincorporación de estas agravantes va en contra de lo previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, que sirve como marco para que cualquier norma penal que se apruebe y promulgue señale: *“La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”* Al igual que el Anteproyecto antes referido. Sin embargo, la modificación antes mencionada no considera los principios básicos de la proporcionalidad y razonabilidad, ya que éstos, no rigen para los casos de reincidencia y habitualidad. De todo ello, tenemos que la pena en los casos en mención puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, es decir, que el autor ya no responde por el acto o conducta realizada, sino por la condición especial antes referida, por lo que realizó anteriormente o la posibilidad de lo que pueda efectuar con posterioridad.

Respecto a esta causal para decretar la detención preventiva, gran parte de la doctrina sostiene que ante la incapacidad del Estado de prevenir la comisión de delitos, no puede servir de justificación el dictado de esta medida para impedir que el imputado cometa un nuevo hecho punible, porque no responden a criterios cautelares sino de prevención delictiva, bajo el pretexto de salvaguardar a la sociedad de los perjudiciales efectos de la comisión de delitos y tranquilizar a la ciudadanía que son propias de una medida de seguridad predelictual. Es decir, se constituye en un instrumento de prevención, defensa y solución de problemas sociales urgentes, porque busca evitar en el futuro la comisión de nuevos delitos por parte del imputado, como una meta legítima reguladora. En este caso se pretende atribuir a la prisión preventiva una finalidad retributiva de prevención especial

contra la probable realización de nuevos delitos por parte del imputado y que sirva de ejemplo, lo que podría significar que con este criterio se tendría que tener detenidas a todas las personas con tendencia criminal al pretender fundamentarla en la peligrosidad del imputado.

Es indudable que en algunas oportunidades se puede presentar la continuación de actos que son considerados como gravemente inmorales o ilícitos, el inmenso daño ocasionado a la víctima; así como también la experiencia, los antecedentes, la personalidad y la capacidad que tiene el imputado para ejecutar actos delictivos, que es plausible que revista vital importancia para que el Juez decida imponer una medida restrictiva ante la gravedad del delito cometido, para impedir que se cometan nuevos hechos punibles; pero ello no significa que pueda servir de sustento para la existencia del peligro que el imputado pueda repetir la perpetración de nuevos delitos o que pueda observar una conducta delictiva en el futuro o porque exista la presunción de que pueda reincidir en la comisión de nuevos delitos, sin haberse acreditado su culpabilidad en el hecho punible que motiva la posibilidad de una prisión preventiva.

Consideramos que el párrafo referido a la reiteración como sustento para decretar detención o prisión preventiva debe ser derogado, porque no es admisible que la privación de libertad pueda servir como ejemplo social y necesario para asegurar el orden que se ve perturbado por la alarma social, ante el hecho delictivo ejecutado o para pronosticar el peligro de que el imputado pueda reincidir en la perpetración de nuevos hechos delictivos, lo que es inadmisibile, al vulnerar la presunción de inocencia, al partir de la sospecha que el detenido preventivamente cometerá nuevos delitos; más aun, cuando verificamos que algunos jueces abusan de esta medida lo que originaría un incremento en la población carcelaria, originándose una contradicción entre una doble presunción de inocencia y la prisión preventiva que se encuentra en directa relación con la libertad personal del imputado reconocida constitucionalmente y por los tratados internacionales. Esta situación llevaría a sostener que este tipo de prevención del delito sería

superior al interés de proteger la libertad personal, lo que no es compatible con la protección de los derechos fundamentales.

Odone Sanguiné: *“El problema de repetición de nuevos delitos no es, en si mismo, un delito ni “un hecho que represente caracteres de delito”, porque la privación de libertad carece de apoyo jurídico y no respondería a una finalidad cautelar, sino más bien a la propia de las medidas de seguridad predelictuales*⁴⁰⁴.

Ante la posibilidad que el imputado pueda cometer otro delito y con la dación de dicha medida garantiza la seguridad y el orden social, se convierte en una exigencia que desborda los límites constitucionales; esta situación es admisible en la sentencia al imponer una pena, pero de ninguna manera puede servir de sustento para dictar una medida coercitiva como la prisión preventiva, porque atenta contra la presunción de inocencia y la dignidad de la persona, porque se podría presentar que la condición de imputado se asimile a la de condenado.

Tal como lo sostiene Odone Sanguiné, la reiteración delictiva es un concepto ligado al de alarma social que se produce al generar con la comisión de un delito por parte del imputado, lo que motiva que sea procesado; y, se pretende justificar la prisión preventiva, al considerar que es la mejor manera de otorgar seguridad y tranquilidad a la sociedad, que éste pueda cometer nuevos delitos, apaciguando la indignación de los integrantes de la comunidad, al aislar de la sociedad a un sujeto supuestamente peligroso. Pero a ello le agregamos, que en los casos en los cuales sea probable que el imputado cometa nuevos hechos delictivos, esto constituye una finalidad de la pena, la misma que se deslinda en una sentencia, más no con la aplicación de una medida prisión preventiva, por ser inconstitucional.

Entre la detención o prisión preventiva y la reiteración delictiva se presenta un conflicto con el derecho que le asiste a todo ciudadano de permanecer en libertad y el interés de la sociedad ante la prevención general de nuevos hechos delictivos, posición que debe ser rechazada por vulnerar la presunción de inocencia y la dignidad de la persona. En efecto, la alarma social y la reiteración delictiva, son criterios que exceden la naturaleza

⁴⁰⁴ SANGUINÉ, Odone, *op, cit, p, 223*

cautelar y el carácter procesal de la prisión preventiva es puesta a servicio de fines no cautelares, porque se convierte en una medida intimidatoria o retributiva o de prevención general que en buena cuenta constituye una función correspondiente a la pena; además, de acuerdo a nuestra realidad judicial, esta medida basada en la reiteración delictiva, se sustenta en un criterio de irracionalidad que se ve incentivada por la opinión pública o de los medios de comunicación que muchas veces da lugar a que se cree sentimientos de indignación en contra del imputado, creando una supuesta culpabilidad en el hecho punible, originando que no siempre se detenga al verdadero culpable, a fin de pretender calmar el temor de la sociedad.

Con este nuevo presupuesto no se trata de un caso de aseguramiento del imputado en el proceso, sino de una privación de libertad con la finalidad de asegurar al procesado en el desarrollo del juicio en razón de una sospecha no probada, tanto al delito que motiva la privación de libertad, como en lo que respecta al delito que se espera que pueda cometerse, es decir, una doble vulneración a la presunción de inocencia, puesto que no se ha llegado a establecer la responsabilidad. Penal en el delito que motiva su privación de libertad y en base a esta nueva disposición legal se detiene al investigado ante la posibilidad de que pueda cometer un nuevo delito, posición que resulta inconstitucional, toda vez que no se puede sostener este argumento para dictar una medida coercitiva por un acto que no ha sucedido ni en el tiempo ni en el espacio.

VI. 3.- REQUISITOS Y TRÁMITES DEL AUTO JUDICIAL. Artículo 254.-

Inciso 1.- Se precisa claramente que la resolución judicial que se dicte por parte del Juez de la Investigación Preparatoria, se requiere de una resolución tiene que estar suficientemente motivada, **previa solicitud del sujeto procesal legitimado**. En este nuevo ordenamiento procesal se reconoce expresamente que el único sujeto procesal que está facultado para solicitar la privación de libertad de un imputado ante el Juez es el Fiscal, pedido que debe realizarlo esgrimiendo los fundamentos basados en las pruebas que acreditan la comisión del delito denunciado y es materia de

investigación, así como, la vinculación del hecho punible con el procesado. Concordado con lo previsto en el artículo 203 del mismo cuerpo de leyes que dispone que la resolución que se dicte, debe llevarse a cabo bajo el principio de proporcionalidad y cuando existan suficientes elementos de convicción al Juez para considerar que es indispensable restringir el derecho fundamental, como la libertad personal del imputado por parte de quien que dicta esta medida y con las debidas garantías, de acuerdo a lo previsto en la norma procesal respectiva.

Igualmente, en el caso de la investigación preliminar el requerimiento del Fiscal debe estar motivada y debidamente sustentada, pedido que el Juez de dicha investigación lo decidirá de manera inmediata sin trámite alguno. En el caso de que no exista riesgo fundado de pérdida de la finalidad que se persigue con la medida solicitada, previamente se correrá traslado a los demás sujetos procesales y sobre todo a quien ha de ser afectado por la medida. Asimismo, antes de resolver el pedido formulado por el Fiscal, el Juez podrá convocar a una audiencia en las que pueden intervenir el solicitante de dicha medida restrictiva y las partes involucradas en dicha investigación, la misma que se llevará a cabo con los sujetos procesales que concurren; en dicha diligencia el Juez escuchará, por su orden al Fiscal que propone la aplicación de la medida restrictiva, al defensor del actor civil y al defensor del afectado, en las que cada uno de los intervinientes expondrá los fundamentos que convenga a sus intereses, ya sea para que proceda o con la finalidad de que se resuelva por su improcedencia.

La resolución judicial deberá contener, bajo sanción de nulidad:

a.- Una descripción sumaria del hecho punible relacionándolo con los actos realizados por el imputado y la indicación de cada una de las normas legales que se consideran que han sido violadas por éste.

b.- El Juez debe exponer de manera específica las finalidades que se persiguen, precisando el objeto que se trata de conseguir con la aplicación de dicha medida restrictiva y los elementos de convicción a las que llegado con las pruebas ofrecidas y actuadas en el curso de la investigación

preliminar que justifican la medida dictada con arreglo al principio de proporcionalidad y las disposiciones procesales aplicables al caso.

c.- Además, se fija el tiempo de duración de la medida, que lo resuelto no puede ni debe ser en forma indefinida, por ser provisional; asimismo, está sujeto a los controles y garantías de su correcta ejecución y una vez cumplida la finalidad que originó que se dictara ella, ésta debe cesar.

El derecho al plazo razonable que debe durar la medida de detención o prisión preventiva es una evidente manifestación del derecho al debido proceso, porque forma parte del derecho fundamental del plazo razonable de lo que debe durar un proceso penal y tiene que ser lo suficiente para el cumplimiento a los objetivos que se persiguen cuando se decreta esta medida de privación de libertad, como acreditar la comisión del delito y la vinculación del investigado con el hecho punible; motivo por el cual resulta irrazonable de que una persona permanezca detenida en un estado permanente de investigación, para lo cual ha de tenerse en cuenta la actuación que realiza la persona sometida a investigación; así como también la labor desplegada por el Fiscal en tales actos; y, otro de carácter objetivo referido a la naturaleza de los hechos objeto de la imputación, sobre todo cuando afectan la libertad del imputado y el órgano jurisdiccional debe tomar una decisión frente a la ley y a la sociedad, la misma que en modo alguno puede ser de manera indefinida.

VI. 4.- LEGITIMIDAD Y VARIABILIDAD. Artículo 255.

Inciso 1.- Se precisa que el actor civil no está facultado para solicitar e intervenir en el procedimiento para la imposición, modificación, ampliación o cesación de medidas de coerción o limitativas de derechos, salvo que ella afecte, de una u otra manera, la reparación civil y su interés legítimo. Es decir, se reitera que dicho sujeto procesal no puede recurrir ante el Juez a fin de que se imponga al imputado una medida coercitiva personal, sino que esta facultad corresponde exclusivamente al Fiscal y no a otro sujeto procesal por tratarse de una medida coercitiva personal.

En tanto que el artículo 104 del mismo texto procesal señala que el actor civil puede intervenir – cuando corresponda –, en el procedimiento para la interposición de medidas limitativas de derechos, o sea, en la forma y modo que señala la norma procesal de manera específica, como la señalada anteriormente, formulando pedidos en salvaguarda de su derecho; así como colaborar en el esclarecimiento del hecho delictivo y la intervención de su autor o partícipe, además de acreditar la reparación civil que le corresponde.

En el inciso 2, se reconoce en forma expresa la provisionalidad y reformabilidad de la medida de coerción personal, o sea, que el imputado no puede permanecer privado de su libertad en forma indefinida, y cuando nuevos actos o medios probatorios que se practiquen durante la investigación, varíen o se desvanezcan los supuestos que dieron lugar a que el órgano jurisdiccional dicte la medida en contra el imputado en un determinado momento o cuando ya no subsista la convicción de la responsabilidad de éste o la imposibilidad de fuga o que demuestre que no ha de obstaculizar la actividad probatoria o se actuaron las pruebas que se requerían para el esclarecimiento de los hechos. El Fiscal, el Juez y el imputado en forma periódica deben examinar la existencia de los motivos que dieron lugar a que se dictara dicha medida, a fin de que llegado el caso pueda ser sustituida o reformable por otra menos gravosa.

La detención preventiva judicial dictada en una investigación preliminar o la prisión preventiva decretada en una investigación preparatoria, tiene el carácter provisorio, la misma que debe persistir en tanto no desaparezcan los motivos objetivos que dieron lugar para que el órgano jurisdiccional las dicte, porque éstas se encuentran sometidas a la cláusula *rebus sic santibus*, lo que significa que la permanencia o variación, en el curso del proceso penal, está supeditada a la estabilidad o cambio de los presupuestos que sirvieron de sustento para que sea decretada; y al haber conseguido o alterado los presupuestos de hecho que la originaron que se dicte esta medida, la misma que debe ser revocada o variada por otra menos gravosa.

El inciso 3, no hace sino reafirmar que todo lo concerniente al pedido o reforma o revocatoria o sustitución de una medida coercitiva de carácter personal, le corresponde únicamente al Fiscal o al imputado, según el caso, reiterando que éstas no son competencia del actor civil, precisando que sólo está facultado para solicitar el embargo o la ministración provisional u otras medidas coercitiva real, de ninguna manera puede tener injerencia en lo relacionado con la libertad de un procesado, pues su interés es en todo caso, para contribuir con el esclarecimiento de los hechos y la responsabilidad del imputado o patrimonial, más no con las medidas coercitivas personales.

De lo anteriormente expuesto tenemos que al órgano jurisdiccional no se le asigna facultad para que de oficio puede decretar medidas coercitivas personales o agravar la situación procesal del imputado, al precisar que es el Fiscal quien debe fundamentar su solicitud, sin embargo, se señala que el juez si está facultado para que pueda adoptar de oficio la variación de la medida cautelar por otra menos gravosa, es decir, se concede facultades para revocarla o variarla a favor del imputado, debiendo ser resuelta en el plazo de tres días, previa audiencia con citación de las partes que intervienen en el proceso, la misma que se puede llevar a cabo con los sujetos procesales que concurran, lo que demuestra que este ordenamiento procesal es garantista en cuanto se trata de proteger la libertad personal de las personas.

VI. 5.- SUSTITUCIÓN O ACUMULACIÓN. Artículo 256

La sustitución o la acumulación con otra medida que revista mayor gravedad le corresponde al fiscal solicitarla y al juez decretarla; para lo cual se deberá tener en consideración la entidad, los motivos, las circunstancias de la trasgresión y la entidad del delito imputado. Esto significa, que el imputado que se encuentra con comparecencia- restringida o simple-, para los efectos de que se lleve adelante una sustitución o acumulación por otra medida que revista mayor gravedad, tiene que haber quebrantado las reglas impuestas en su oportunidad por el juzgado o cuando han variado las

causas que motivaron que en su momento no se decretara la prisión preventiva o en el curso del proceso al practicarse nuevos actos de investigación se ha llegado establecer que el delito materia de procesamiento judicial, es mucho más grave que lo actuado al inicio del juicio, motivo por el cual se faculta al Juez para que la medida menos gravosa pueda ser sustituida, variada o acumulada a otra medida coercitiva más gravosa al imputado. Igualmente, en estos casos el actor civil no tiene competencia para intervenir.

VI. 6.- IMPUGNACIÓN. Artículo 257

La facultad para interponer los recursos impugnatorios a raíz de las resoluciones que se dicte en los que desestimen, reformen, sustituyan o acumulen las medidas coercitivas, se precisa que solamente lo pueden realizar el Fiscal y el imputado, más no el actor civil; lo que no sucede con la vigencia del Código de Procedimientos Penales en el distrito judicial de Lima y otros, en los que la parte civil (ahora actor civil) si puede interponer todos los recursos que franquea la ley procesal relacionados con las medidas coercitivas personales, como solicitar la detención, oponerse o impugnar una resolución dictada por el Juez que dispone comparecencia. Asimismo, se precisa que el actor civil y el tercero civil responsable, pueden interponer los recursos impugnatorios que les franquea la ley procesal.

VI. 7.- INTERVENCIÓN DE SUJETOS PROCESALES. Artículo 258.

En el procedimiento para imponer una medida coercitiva seguido ante el Juez de la Investigación Preparatoria, los demás sujetos podrán intervenir presentando escritos o formulando cualquier requerimiento luego de iniciado el trámite a pedido del Ministerio Público o el imputado, sin embargo, tales pedidos procederán en los casos en que no peligre la finalidad de la medida coercitiva personal.

En forma inexplicable, pocos días después de promulgado el Código el Poder Ejecutivo pese a la existencia de una norma expresa en dicho texto, dictó el Decreto Legislativo 959, modificando el artículo 57 del C. de P. P.,

para asignarle facultades a la parte civil a fin de que solicite e intervenga en todo lo concerniente con una medida coercitiva personal, contrariamente, a lo que se precisa en el texto que motiva este comentario.

De a lo expuesto, podemos concluir con lo siguiente:

a) Que la parte civil no estuvo facultado para pedir o impugnar todo lo relacionado con las medidas de coerción personal.

b) Es a partir del 17 de agosto de 2004, recién se faculta a dicho sujeto procesal para que intervenga en todo lo pertinente a las medidas coercitivas personales, por lo que su intervención verificada en diversos procesos por los procuradores, no estuvo arreglada a ley; y, pese a ello, los jueces accedían a estos pedidos, a pesar de no estar facultados, sin embargo, por razones no jurídicas, sino de coyuntura política, intervenían, impugnando, solicitando u oponiéndose a las medidas coercitivas personales.

c) No resulta lógico ni coherente que existiendo normas procesales garantistas, no las haya puesto en vigencia, al menos en lo pertinente a las medidas coercitivas; mientras que sí ha modificado el C. de P. P.

d) Se ha modificado el artículo 14 de la Ley de Defensa Judicial del Estado Decreto Ley N° 17537: Participar en las investigaciones preliminares o complementarias llevadas a cabo por el Ministerio Público o la Policía Nacional. Esta facultad otorgada al Procurador, viola la igualdad de armas.

VI. 8.- DETENCIÓN PREVENTIVA JUDICIAL EN INVESTIGACIÓN PRELIMINAR. Artículo 261.

Es el mandamiento escrito y motivado del juez de la investigación preparatoria que ordena la detención de un imputado, por el plazo de 24 horas, para determinados fines, tales como realizar diligencias urgentes en presencia del imputado o adoptar alguna medida cautelar personal de mayor intensidad en su contra. Sin embargo, la detención preliminar, como se encuentra diseñada en el nuevo modelo procesal penal, puede cumplir finalidades distintas, según el caso y la estrategia que asuma el fiscal. Puede requerirla para realizar algunas diligencias indispensables en la etapa preliminar de la investigación – como un reconocimiento –, o para que el juez

cite a audiencia de determinación de la prisión preventiva o su convalidación hasta por siete días (266.3).

Inciso 1.- Este tipo de detención tiene su antecedente en las Leyes N° 27379 y 27934, la misma que se dicta sin conocimiento del investigado, situación que se puede presentar cuando se solicita y decreta la detención preventiva de acuerdo al artículo 261 del NCPP – 2004, el Juez en casos de urgencia está facultado para dictarla sin convocar a una audiencia, resolviendos esta situación procesal del investigado, sin verificar ningún trámite, sin correr traslado del requerimiento formulado por el Fiscal a los sujetos procesales o disponer que se lleve adelante una audiencia y lo dictará en base a las pruebas que adjunte el Ministerio Público, precisando la urgencia y necesidad de esta medida, que se ha cometido el delito, a fin de poder establecer si los hechos han sido cometidos por la persona imputada y se encuentra vinculado al hecho punible, a fin de que una vez verificada la detención, la Policía lo ponga a disposición de la fiscalía para que se realice la diligencia que motivó su pedido.

Al hacer mención que “*a solicitud del Fiscal, sin trámite alguno (...)*”, significa que no se requiere audiencia para que el Juez decrete la privación de libertad, la misma que tiene su justificación porque se trata de una medida precautelar, es decir, se dicta antes de que se formalice la investigación ante el Juez; y, lógicamente lo que se trata es que el Ministerio Público lleve a cabo determinadas diligencias con la presencia del investigado, con el carácter de urgente e indispensable, fundamentando la necesidad de la misma y el objetivo que se persigue, a fin de que el Juez acceda a lo que solicita previa comprobación de las pruebas que se adjunta o las deniegue sino acredita su procedencia. Este pedido tiene que llevarse a cabo durante la investigación preliminar y no con posterioridad.

El Fiscal está facultado para solicitar esta medida coercitiva en el caso de la inexistencia de la flagrancia al inicio o durante su investigación preliminar, considerando que existen motivos suficientes para concluir que el investigado ha cometido un delito que merece una pena privativa de libertad mayor a cuatro años y dadas las circunstancias se desprendan de lo actuado

en esta investigación preliminar es pertinente formular dicho pedido, para lo cual el Fiscal debe sustentarlo en razones y presupuestos que se encuentran plenamente acreditados y que lo lleva a concluir objetivamente, que existe la posibilidad de que éste se fugue y sustraiga a dicha investigación, lo que servirá de sustento para que el Juez dicte la detención preventiva.

b). En este segundo apartado se considera la procedencia de la detención en los casos que el investigado ha sido sorprendido en flagrante delito por parte de la policía o particular, pero ha logrado evadirse evitando la consumación de su detención, para lo cual el Fiscal precisará el objetivo que persigue en su requerimiento y que existan las evidencias de esta situación; así como los presupuestos materiales que se requiere para la procedencia a fin de que el Juez decrete dicha medida, así como también, debe tenerse en cuenta que pese haber sido sorprendido en flagrancia, ha logrado escapar evitando su detención, demostrando con dicha conducta de no someterse a las autoridades para ser investigado y se establezca su responsabilidad penal.

c) En el tercer apartado, se sostiene que el Juez ha pedido del Fiscal puede dictar dicha medida restrictiva, cuando el investigado se hubiera fugado de un centro de detención preliminar, se considera como tal a los calabozos de la Policía o de la Fiscalía y el hecho punible que se imputa merezca una pena mayor de 4 años. Pero, es el caso, que en este dispositivo legal no se precisa el supuesto que el detenido en flagrante delito se fuga cuando es trasladado para ser puesto a disposición del Fiscal y no en el interior del lugar donde se encontraba detenido, ante esta eventualidad se puede sostener que no sería aplicable este tipo de medida coercitiva, razón por la que consideramos que se debe modificar de la siguiente manera: c) *“El detenido se fugare cuando se encuentra sufriendo detención preliminar”*; sin precisar las dos posibilidades anteriores, porque quien se haya evadido en otra circunstancia no sería factible conceder esta facultad para ser detenido.

2.- La persona contra quien se dicta este mandato de detención preliminar debe estar debidamente individualizada, con sus respectivos datos que la identifiquen, como; nombres y apellidos completos, edad, sexo, lugar y fecha de nacimiento, es decir, consideramos que se debe tener en cuenta lo previsto en la Ley 28121, a fin de evitar que se origine un caso de homonimia, dando lugar a una privación de libertad injusta e indebida en contra de un inocente, en todo el sentido de la palabra, porque su único problema es la coincidencia de los nombres y apellidos con la persona que ha cometido un delito y contra quien se ha dicta la medida de detención preliminar.

3.- Asimismo, que la orden de detención debe ser puesta a conocimiento de la policía por escrito y a la brevedad posible, para que sea ejecutado de inmediato, salvo casos de urgencia puede ser mediante correo electrónico, fax, etc., pero con sus correspondientes datos. Las requisitorias tienen una vigencia de 6 meses, pudiendo ser renovadas vencido dicho plazo, porque de no hacerlo caducan. Pero, la renovación las dispone el Juez cuando lo solicita el Fiscal, y solamente, lo puede verificar en la etapa de la investigación preliminar, y si transcurrido este lapso de tiempo el investigado no es detenido la orden de captura caduca, a excepción de los delitos de tráfico de drogas, terrorismo y espionaje, que están vigente hasta su detención, tal como se encuentra legislado en la actualidad.

La detención preventiva en una investigación preliminar no es definitiva, sino provisional, porque no causa estado, porque puede ser variada si cambian las condiciones que dieron lugar para que el Juez la dicte en su momento, por una menos gravosa; esta privación de libertad se lleva a cabo en una dependencia policial autorizada por el Juez. Las causales están claramente señaladas, de tal manera que cualquier petición fuera de ella no puede ser aceptada, ni después de finalizada ésta, porque la finalidad que se persigue es para casos urgentes e inaplazables a fin de poder determinar si se ha cometido el hecho o la vinculación del autor o partícipe, todo ello lleva a fijar a los órganos de persecución el marco normativo que legitima su

empleo, pues cualquier intervención que desborde dicha norma legal, será constitutiva de una infracción por su carácter arbitrario e irracional.

Cuando la Policía o el Ministerio Público, en casos de urgencia y con estrictos fines de averiguación o conseguir fuentes de prueba, restrinja derechos de las personas, el fiscal solicita la convalidación al juez de la Investigación Preparatoria, y éste sin trámite alguno, decide en el mismo día o al día siguiente confirmando o desaprobando la medida ejecutada. De otro lado, en el marco de sus facultades discrecionales, el juez podrá disponer la realización de una audiencia con intervención del fiscal y del afectado, resolución que corre traslado no es impugnabile. El Fiscal debe sustentar la necesidad de su requerimiento y en esta diligencia permite al juzgador obtener mayores fuentes de convicción para decidir sobre su pertinencia.

Si en el curso de la Investigación Preliminar el fiscal considera que se debe dictar prisión preventiva contra el imputado, le solicita al juez dicha medida al formalizar la Investigación Preparatoria. Si el imputado no es capturado durante esta sub etapa, sino que se ejecuta con posterioridad a ella o en cualquiera de las siguientes etapas, la Policía lo pondrá a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria, para identificarlo y garantice el respecto a sus derechos fundamentales, este lo pondrá a disposición del fiscal, quien requerirá al juez convoque una audiencia para la resolver la prisión preventiva solicitada, que será tramitada con la formalidades establecidas en el artículo 271.

VI. 8. 1.- CONVALIDAR DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL

a) Cuando el fiscal necesita realizar una diligencia de suma urgencia, que no le fue posible ejecutar en el plazo de 24 horas de detención preliminar, y necesita la presencia del investigado para realizar uno o varios actos de investigación corporal o una inspección en un lugar que puede ser destruido.

b) Necesita conseguir urgente información, pruebas documentales o periciales, relacionadas con la investigación y puede acusar o pide la aplicación del proceso inmediato sin formalizar la investigación. Con la convalidación de la detención podrá reunir más elementos de convicción

para formalizar la investigación preparatoria e incluso la etapa intermedia, y de esta manera es más eficiente y eficaz en su labor persecutoria del delito.

VI. 8. 1. 1.- OPCIONES DEL FISCAL.

Reyes Alvarado, lo que se presenta en el Distrito Judicial de Huaura:

a).Efectuar diligencias preliminares con la presencia del investigado por el plazo de 24 horas, al término del cual, puede dar libertad al detenido y formalizar o no la investigación. (...)

b). Requerir que convalide la detención preliminar, hasta por un máximo de 7 días (266.3, 286. 1), este supuesto no se aplica en el caso de la detención por flagrancia.

c) Formalizar la investigación y requerir audiencia para que se dicte mandato de prisión preventiva o darle libertad al detenido (264.1)

d) Acusar directamente y requerir audiencia para que se dicte mandato de prisión preventiva, o darle libertad al detenido (336.4)

e) Requerir la aplicación del proceso inmediato y al mismo tiempo que se dicte mandato de prisión preventiva, o darle libertad al detenido (447.1)

f) Archivar lo actuado en la investigación preliminar y darle libertad el detenido (334.1).

g) Cuando ha formalizado la investigación y el proceso se encuentra en la etapa intermedia o de juzgamiento, requerir que se dicte prisión preventiva contra el detenido o darle libertad⁴⁰⁵.

VI. 9.- MOTIVACIÓN DEL AUTO DE DETENCIÓN. Artículo 262.

El auto que decreta mandato de detención debe estar debidamente fundamentado precisando las razones por las cuales se dicta dicha medida, debiendo contener los datos que identifiquen al investigado, una breve exposición de los hechos que le son imputados, invocando los dispositivos legales en los que amparan la resolución dictada por el Juez para privar de libertad, previa evaluación de la posibilidad y necesidad de dictarla, con mayor razón cuando se trata de privar de libertad a una persona contra

⁴⁰⁵ REYES ALVARADO, Víctor Raúl, "Las medidas de coerción procesal personal en el nuevo Código Procesal Penal del 2004, artículo en la Revista Actualidad Jurídica, tomo 163, junio 2007 p, 186.

quien se inicia una investigación y tiene a su favor la presunción de inocencia, para lo cual deberá tener en consideración los criterios objetivos como la gravedad del delito y las circunstancias del hecho que revelen cierta peligrosidad en su comisión; la posibilidad de fuga, basados en el arraigo en el lugar, posibilidad de huir fuera del país, la moralidad y que pretenda obstaculizar, el esclarecimiento de la verdad.

El Tribunal Constitucional en una sentencia sostiene: *“Es por ello que la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales,(...), tratándose de la detención judicial preventiva en la adopción o el mantenimiento de la medida, debe ser más estricta, pues solo de esa manera es posible despejar la ausencia de la arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si el Juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva”*⁴⁰⁶

Esta sentencia corrobora lo que hemos sostenido anteriormente, es decir, que cuando se trata de una resolución que disponga la detención preventiva de un imputado el órgano jurisdiccional por mandato constitucional está obligado a exponer las razones legales y de hecho que fundamenta el porque se decreta esta medida privativa de libertad, máxime cuando se trata de este tipo de resoluciones que de no estar precisada devendría en arbitraria e ilegal. Sobre todo, cuando se precisa que ella debe tener una motivación suficiente y razonada, donde se exponga las razones de hecho y derecho, que sirvan de sustento para privar de libertad.

VI. 10.- DEBERES DE LA POLICÍA. Artículo 263.

La policía está obligada a comunicar la detención preliminar, en los casos de flagrancia o mediante el arresto ciudadano, al Fiscal de inmediato, así como también al Juez de la Investigación Preparatoria; y, llegado el caso el Juez deberá aplicar las correcciones pertinentes al comprobar una arbitrariedad o abuso por parte de la autoridad policial en este tipo de privación de libertad, si es que no se dan las condiciones para detenerlo, al

⁴⁰⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 9809 – 2006 – PHC/TC, 30 de marzo de 2007, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 104, mayo 2007, año 12, p. 69.

no concurrir los requisitos o presupuestos que señala la norma constitucional o procesal para su procedencia.

Se le hace conocer que puede abstenerse a declarar y en el caso que acepte hacerlo está facultado para que su abogado defensor esté presente, además, que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por la Ley. Tiene el derecho de ser examinado por un médico legista o por otro profesional cuando su estado de salud lo requiera; y, el cumplimiento de que se le ha hecho conocer lo antes señalado se levantará el acta, en la que conste que se le han respetado sus derechos fundamentales. En el caso de que el imputado considere que no se ha dado cumplimiento al dispositivo legal o al respeto de sus derechos, o es objeto de medidas limitativas de derechos en forma indebida, puede recurrir al Juez de la Investigación Preparatoria en vía de tutela judicial.

El Juez de la Investigación Preparatoria si comprueba que no se ha dado cumplimiento al respeto de los derechos que le compete al detenido, deberá subsanar la omisión o dictará las medidas de corrección o protección que corresponda. El pedido que formule el imputado deberá ser resuelto de inmediato, previa constatación o verificación de los hechos que aduce, así como también dispondrá se lleve adelante una audiencia con citación de las partes a fin de que exponga lo que corresponda a cada uno de ellos; y el Fiscal, contra quien se han de verificar las imputaciones de las violaciones a los derechos fundamentales en contra del imputado.

VI. 11.- PLAZO DE DETENCIÓN. Artículo 264.

1.- La detención policial o preliminar sólo durará 24 horas y una vez vencido el plazo el Fiscal debe decidir si dispone su libertad o si solicita al Juez de la investigación preparatoria la detención preventiva judicial u otra medida alternativa con la finalidad de proseguir con las investigaciones preliminares. En el caso de que no tomara ninguna de las alternativas antes referidas, el Fiscal incurre en un acto arbitrario al disponer que una persona

permanezca detenido por un lapso mayor del señalado en la norma procesal antes referida, acto que vulnera el derecho fundamental de la libertad personal, lo que daría lugar a que en tanto persista esta detención se recurra al Juez de la Investigación Preparatoria en búsqueda de tutela o a la interposición de un Proceso Constitucional de Hábeas Corpus.

2.- La detención policial de oficio o preliminar, podrá durar hasta un plazo no mayor de quince días naturales en los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas.

El Juez penal, está facultado para adoptar las siguientes medidas:

a) Se puede constituir a pedido del detenido al lugar donde se encuentra para tomar conocimiento de los motivos por los cuales se ordenó su detención; así como también sobre lo relacionado con el avance de las investigaciones y sobre su salud. Cuando el Juez advierta la afectación indebida al derecho de defensa o de irregularidades que perjudiquen gravemente el éxito de las investigaciones, deberá poner estos hechos a conocimiento del Fiscal encargado de la investigación, a fin de que éste dicte las medidas de corrección que sean necesarias, sin perjuicio de comunicar lo ocurrido al Fiscal Superior competente si constata irregularidades en la investigación que ejecuta el Fiscal provincial, quien dictará las medidas de corrección que considera pertinente

b) Deberá disponer el reconocimiento médico legal de manera inmediata del detenido, a pedido de éste, su abogado o familiares, facultando para ser examinado por un médico particular en cualquier momento a fin de que verifique su estado de salud, derecho que no puede ser limitado por la policía o Fiscal; en todo caso se abstendrá de dicho examen si el Fiscal lo hubiera ordenado con anterioridad, pero ello no impide que se solicite la intervención de un médico particular.

c) También puede autorizar el traslado del detenido de un lugar a otro, inclusive fuera del país, luego de haber sido examinado por los médicos legistas, pero a pedido fundamentado del Fiscal en los que exponga las razones por las cuales formula dicha petición, precisando que es para beneficio y éxito de la investigación o en todo caso por seguridad del

detenido. La duración de dicho traslado de ninguna manera puede exceder el plazo de 15 días, debiendo ser puesto a conocimiento del Juez el lugar de destino. Es necesario que los fundamentos que se aducen justifiquen dicho traslado a fin de que no se viole la garantía constitucional del Juez natural.

En una casación dictada por la Sala Penal Permanente señala:

“Que, ahora bien, conforme al artículo 264 apartado 1 del Nuevo Código Procesal, para que el Fiscal requiera prisión preventiva, el imputado debe encontrarse detenido – en flagrancia por la policía, arresto ciudadano o preliminarmente por orden judicial”⁴⁰⁷.

Sobre este particular, es un gran problema el plazo de duración de una investigación preliminar, que muchas veces dura años; aún en los casos en los que se investiga a una sola persona, motivo por el cual el Tribunal Constitucional ha dictado varias sentencias ante diversos procesos constitucionales de hábeas corpus, criterios que se debe tener en cuenta en cada caso concreto, para poder establecer si dicha investigación se ha desarrollado dentro de un plazo razonable. Porque, los actos de los poderes del Estado y los órganos constitucionales, en general, y del Ministerio Público, en particular, no se legitiman, desde la perspectiva constitucional, en sí mismos, sino a partir del respeto pleno del conjunto de valores, principios constitucionales y de los derechos fundamentales de la persona, de conformidad con el artículo 1º de la Constitución, desde el momento en que si no se respetan estos derechos se incurre en una grave vulneración constitucional.

El Tribunal Constitucional, considera los siguientes argumentos:

“13. Los criterios que el Tribunal Constitucional considera necesarios para determinar la razonabilidad y proporcionalidad del plazo de la investigación fiscal, evidentemente, no son criterios jurídicos rígidos aplicables de manera idéntica a todos los casos. Por el contrario, deberán ser aplicados atendiendo a las circunstancias presentes en la investigación fiscal. (...)”

14.- Criterios que también la jurisprudencia de este Colegiado ha recogido en sendas sentencias, tales como 6167 – 2006 – PHC/TC, 7624 – 2005 – HC/TC, 594

⁴⁰⁷ Sentencia de Casación Nº 01 – 2007, Huaura, dictada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 26 de julio 2007

– 2004 – HC/TC. Por ello, a juicio de este colegiado, los criterios a considerar para determinar la razonabilidad del plazo de la investigación fiscal son de dos tipos: subjetivo y objetivo. En el primero quedan comprendidos 1) la actuación del fiscal y 2) la actuación del investigado; en el segundo, la naturaleza de los hechos.

15. Los criterios subjetivos, (...). En cuanto se refiere al investigado se debe tener en cuenta la actitud obstruccionista del investigado, la cual puede manifestarse en 1) la no concurrencia, injustificada, a las citaciones que le realice el fiscal a cargo de la investigación, 2) el ocultamiento o negativa, injustificada, a entregar información que sea relevante para el desarrollo de la investigación, 3) la recurrencia, de mala fe, a determinados procesos constitucionales u ordinarios con el fin de dilatar o paralizar la investigación prejurisdiccional, y 4) en general, todas aquellas conductas que realice con el fin de desviar o evitar que los actos de investigación conduzcan a la formalización de la denuncia penal.

16. En cuanto a la actividad del fiscal, el primer criterio a considerar es la capacidad de dirección de la investigación y la diligencia con la que ejerce las facultades especiales (...) para la determinación de si en una investigación prejurisdiccional hubo o no diligencia por parte del fiscal a cargo de la investigación deberá considerarse, de un lado, la realización o no de aquellos actos que sean conducentes o idóneos para la formalización de la denuncia respectiva.

17. (...) habrá inactividad fiscal aún cuando se lleven a cabo actos de investigación que no tengan relación directa o indirecta con el objeto de investigación. Más aún, la falta de diligencia fiscal no puede ser soslayado por aseveraciones o infundios acerca de la conducta del investigado o de terceros; (...) sólo cabe realizar una denuncia a fin de no incurrir en el posible delito de omisión de denuncia, previsto en el artículo 407° del C. P.

18. Dentro del criterio objetivo, (...) la complejidad puede venir determinada no sólo por los hechos mismos objeto de esclarecimiento, sino también por el número de investigados más aún si se trata de organización criminales internacionales, la particular dificultad de realizar determinadas pericias o exámenes especiales que se requieran, así como los tipos de delitos que se imputan al investigado, (...)⁴⁰⁸

En el NCPP – 2004 se han establecido plazos legales, pero aún quedaba un vacío que la Corte Suprema lo ha despejado:

“El plazo de las denominadas diligencias preliminares y fundamentalmente el plazo adicional al de los veinte días que el artículo trescientos treinta y cuatro le

⁴⁰⁸ Exp. N° sentencia del Tribunal

autoriza al fiscal en caso que por sus características revistan complejidad, no debe ser uno ilimitado y, si bien es cierto, en este extremo de la norma no se precisa de manera cuantitativa cuál es el límite temporal, también es cierto que ello no puede afectar el derecho al plazo razonable que constituye una garantía fundamental integrante del debido proceso, que por lo demás deben entenderse como excepcionales, ponderándose el plazo máximo de duración atendiendo a criterios de orden cualitativos conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, debiendo tenerse siempre presente que las diligencias preliminares tienen como finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables conforme dispone el artículo trescientos treinta de la ley procesal penal y que por estas consideraciones, la fase de las diligencias preliminares no podría, en la hipótesis más extrema, ser mayor que el plazo máximo de la investigación preparatoria regulada en el artículo trescientos cuarenta y dos de la ley procesal penal”⁴⁰⁹.

Es necesario precisar: 1) que efectivamente se ha otorgado un margen significativo de decisión al fiscal para ampliar el plazo de las diligencias preliminares, consideramos que debió ser, en la medida de lo posible más restrictivo a fin de evitar desnaturalizar la esencia de esta investigación preliminar, es decir, su inmediatez y urgencia frente a un hecho delictivo.

2) en la hipótesis más extrema no debería superar el plazo máximo de la investigación preparatoria previsto en el artículo 342 del NCPP – 2004. Al respecto, se debe precisar que el plazo como máximo debería ser el de 120 días y no 180 (60 días de prórroga). En el NCPP – 2004, en el título de la detención se ha comprendido a la detención policial, el arresto ciudadano y a la detención preliminar judicial, siendo que ésta última puede ser convalidada por siete días.

VI. 12.- DETENCIÓN PRELIMINAR INCOMUNICADA. Artículo 265.

Es necesario tener en cuenta el apartado g) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política que señala: “*Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley.*”

⁴⁰⁹ Exp. N° 6167 – 2005 – PHC/TC, del 28 de febrero de 2006.

1.- En el caso de los investigados con detención preliminar por los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, o por un delito sancionado con pena superior a los seis años, el Fiscal está facultado para solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria que decrete su incomunicación, pedido que debe estar suficientemente fundamentado, precisando las razones por las cuales considera que resulta indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados y el plazo de dicha medida no puede ser mayor de diez días. El Juez se debe pronunciar de inmediato y sin trámite alguno sobre dicho pedido, dictando una resolución debidamente motivada donde exponga las razones por las cuales decreta dicha medida restrictiva en contra de un imputado. De acuerdo a lo prescrito en el artículo 280 del NCPP – 2004, esta medida procede cuando se considere que es indispensable para el esclarecimiento de un delito que reviste gravedad, la misma que deberá ser puesta a conocimiento de la Sala Penal.

En este tipo de detención preliminar constituye una excepción agravada en el régimen ordinario, porque origina la restricción de ciertos derechos del detenido, como el de comunicarse con el exterior, con la finalidad de evitar que se ponga en peligro la investigación en cuanto a la comisión del delito, como en lo referente a la culpabilidad de los autores o partícipes en los delitos que revisten gravedad, se considera indispensable dictar dicha medida de aislamiento y supresión de las comunicaciones para conseguir el objetivo perseguido con la privación de libertad e incomunicación, lo que no sucedería si el imputado entra en contacto y se confabula con los otros involucrados o terceros. Esta medida es de carácter provisional, porque su uso puede constituir un acto contrario a la dignidad de la persona, porque la privación de libertad provoca inocultables daños al imputado y con mayor razón si es incomunicado con el exterior.

2.-El hecho de que el investigado se encuentre incomunicado no impide que pueda entrevistarse en privado con su abogado defensor a fin de que pueda elaborar la estrategia de su defensa y exponga en su momento lo necesario para el mejor esclarecimiento de los hechos y se resuelva su situación jurídica, ofreciendo las pruebas de descargo que considere

pertinente; así como también podrá comunicarse y ser visitado por las personas que no requieran autorización previa como sus familiares directos o más cercanos, las mismas que no podrán ser prohibidas por dicha medida.

Como podemos verificar no hay un recorte de derecho de defensa, porque el imputado se puede comunicar con su defensor, además de sus familiares directos, precisándose que no necesitan autorización previa para que se puedan reunir. Medida que no debe impedir que el imputado pueda leer libros, diarios o revistas o escuche noticias, porque consideramos que ello no perjudica en nada la investigación que se está verificando, pues el principal objetivo de esta medida restrictiva es evitar contacto con los otros investigados o testigos que se considere de vital importancia para la averiguación de la verdad de lo sucedido.

De dicho dispositivo constitucional podemos verificar que esta medida coercitiva debe ser dictada por el Juez, solamente, en los casos que sea necesariamente indispensable y urgente, es decir, con la finalidad de evitar que el imputado puede realizar acciones que contribuyan a que no se esclarezcan los hechos que motivan la investigación, como podría ser destrucción de medios probatorios, coacción contra posibles testigos, en suma acos materiales a través de los cuales pueda perturbar la actividad investigatoria, para tal efecto el juez para decretar esta medida deberá tener en cuenta el tiempo que señala la norma procesal para ejecutarla, a fin de no incurrir en una arbitrariedad.

VI. 13. - CONVALIDACIÓN DE LA DETENCIÓN. Artículo 266.

1. Vencido el plazo de detención preliminar, el Fiscal, salvo los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, si considera que subsisten las razones que determinaron la detención, lo pondrá a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria, requiriendo auto de convalidación de la detención. El Juez tiene el control sobre el cumplimiento de la medida, si el derecho de defensa no ha sido afectado o se hubieren empleados en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, etc. o la existencia de graves irregularidades que se hubieren producido en el curso

de la investigación preliminar que distorsionan el objetivo que se persigue al decretar esta medida restrictiva, lesionando la situación jurídica del detenido al vulnerarse los derechos fundamentales, o sea, para cuando el referido juzgado lleve adelante la confirmación o revalidación de dicha medida; también verificará si subsisten o continúan las razones que motivaron que se decrete; y, si éstas han desaparecido o se han dado cumplimiento al objetivo que llevó al Juez para que se dicte la detención preliminar, se deberá disponer la inmediata libertad del imputado.

2.- Ante este pedido el Juez deberá llevar a cabo el mismo día una audiencia con la concurrencia del Fiscal, del imputado y su defensor, a fin de que expongan sus argumentos, ya sea para que persista la medida o para ser puesto en libertad, respectivamente; la posición de cada uno de ellos será confrontado por el Juez con las actuaciones realizadas en la investigación preliminar, quien tomará la decisión en la misma diligencia, dictando una resolución motivada de acuerdo a lo que corresponda, verificando un nuevo examen sobre la medida decretada y llegado el caso darla por concluida al verificar que ya no existen los presupuestos que tuvo en su momento para decretar detención preliminar del imputado, exponiendo los argumentos pertinentes que sustenten su determinación.

3.- La detención convalidada o confirmada tendrá un plazo de duración de siete días naturales y a su vencimiento, se pondrá al detenido a disposición del Juez de la Investigación Preliminar, quien podrá determinar de acuerdo a lo actuado en dicha investigación si dicta mandato de prisión preventiva o comparencia simple o restrictiva, luego de examinar las diligencias y pruebas actuadas por el Ministerio Público.

4.- En los supuestos de detención por los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, vencido el plazo de quince días señalados en la Constitución Política, el Fiscal solicitará si se ha establecido la comisión del delito investigado y la participación del imputado, la aplicación de la medida de prisión preventiva u otra alternativa prevista en este Código, para lo cual el Juez examinará lo actuado por el titular de la acción penal, respecto a la comisión del delito y la responsabilidad del imputado.

El plazo para impugnar estas medidas es de un día debiendo exponer los argumentos con las cuales fundamenta su recurso y sobre todo, porque se trata de una privación de libertad e indicar las razones por las que considera que no procede que se imponga la detención preventiva judicial en contra del imputado, la apelación no suspende la ejecución.

VI. 13. 1.- Si la medida de detención preliminar de un imputado se ejecuta después de concluida la investigación preliminar.

En efecto, es una realidad que la persona contra quien pesa mandato de detención solicitada en la investigación preliminar, es detenido cuando ya venció ésta, e inclusive después de la investigación preparatoria o fase intermedia o en el acto de juzgamiento. Si bien es cierto no se encuentra previsto en forma expresa, el detenido tiene que ser puesto de inmediato a disposición del Juez que decretó dicha medida, dada las circunstancias en las que se ejecuta la privación de su libertad, a fin de que sea identificado y como se puede convalidar la detención por vencimiento de la investigación preliminar, se debe disponer su libertad.

Reyes Alvarado, sostiene: *“Cuando la detención preliminar ha sido requerida con el propósito de realizar diligencias preliminares con la presencia del imputado, y éste ha sido detenido cuando ya terminó la etapa de las diligencias preliminares, con posterioridad a la formalización de la investigación preparatoria, el Fiscal debe poner en libertad al imputado porque el plazo para realizar esta diligencias ya terminó. Por lo que la detención carece de objeto”*⁴¹⁰.

Pero, a nuestro criterio, antes de disponer la libertad del detenido el Juez debe verificar cual es la situación jurídica del imputado, en el momento de su detención preventiva judicial, ordenada en el curso de la investigación preliminar, porque puede suceder que dada las pruebas actuadas se encuentra acreditada su responsabilidad penal y el Juez de la Investigación Preparatoria al formalizarse la denuncia, decretó prisión preventiva, medida que puede dictarse en ausencia de éste, conforme lo ha señalado la Sala Permanente de la Corte Suprema en una sentencia de casación, precisando que la audiencia para resolver esta medida se puede llevar a cabo sin la

⁴¹⁰ REYES ALVARADO, Víctor Raúl, *iden*, p, 186

conurrencia de éste, basta que haya sido notificado en su domicilio procesal:

“SÉPTIMO.- (...) De lo expuesto permite entender en su justo alcance (i) la situación del imputado previa al pedido de prisión preventiva – puede estar o no detenido- (ii) los presupuestos para la expedición de la resolución de citación para la realización de la audiencia respectiva – el juicio de admisibilidad está condicionada a la existencia de un imputado en estricto que contra él se haya dictado una Disposición de Continuación y Formalización de la Investigación Preparatoria -, y (iii) las exigencias para la propia instalación y desarrollo de la audiencia – citación ebida, peresencia obligatoria del Fiscal y abogado defensor; y, en caso de ausencia del imputado, constatación previa de una situación de inasistencia voluntaria por razons derivadas de su actitud anterior a la convocatoria a la audiencia (ausencia o contumacia, fuga o no presencia pese a su emplazamiento a los actos de investigación) o como consecuencia de una decisión, intencional o negligente, de in concurrencia ante la citación judicial”⁴¹¹.

Más aún, en el caso de que el esatado del proceso es el de juzgamiento, es decir, con una acusación Fiscal y expedito para el acto oral, por haberse reservado el juzgamiento para el ausente o contumaz; es decir, en estos casos, el detenido será puesto a disposición ante la autoridad que tiene competencia según el estado procesal y de acuerdo a ello será el encargado de resolver su situación jurídica, ante un problema real y concreto, es que debe solucionarlo el órgano jurisdiccional competente.

VII.- PRISIÓN PREVENTIVA.

VII. 1.- PRESUPUESTOS MATERIALES. Artículo 268

El Juez a solicitud del Ministerio Público, dictará mandato de prisión preventiva, como una medida que restringe la libertad locomotora sin que exista una sentencia condenatoria, pese que a todo imputado le asiste la garantía constitucional de la presunción de inocencia y dicha resolución tiene que estar suficientemente motivada, para lo cual se debe tener en cuenta:

⁴¹¹ Exp. Casación N° 01 – 2007. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema – Huaura, 26 de julio de 2007.

1) **Suficiente.**- Porque se debe precisar, las condiciones de hecho o de derecho que tiene el órgano jurisdiccional para dictarla o mantenerla.

2) **Razonada:** Significa que el Juez debe observar la ponderación correspondiente verificando la concurrencia de todos los aspectos o presupuestos que justifican que se adopte dicha medida coercitiva, porque de otra manera no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada, debiendo exponer o hacer referencia las características y gravedad del delito imputado y la pena a imponerse, las circunstancias del caso y las personales de éste.

Respecto a los presupuestos de la prisión preventiva debemos tener en cuenta lo expuesto anteriormente sobre este particular, porque la restricción a los derechos fundamentales obedecen a la necesidad de que se logre un fin constitucionalmente válido, por lo que legítimamente no es admisible que el Estado prive de libertad a un ciudadano de manera injustificada; pero también es bastante cierto, que la libertad como derecho fundamental no es absoluto, sino que de acuerdo a la Constitución tiene sus límites en cuanto a su ejercicio, la misma que se manifiesta con la prisión preventiva como una limitación legítima. Por tal razón, legislativamente se ha señalado una serie de presupuestos que deben ser tomados en consideración por el legislador para privar de libertad a un procesado y que deben concurrir en forma conjunta, porque ante la falta de uno de ellos el Juez no está facultado para decretarla y de hacerlo incurre en un acto arbitrario, requisitos que también lo encontramos en el artículo 135 del C. P. P. de 1991, salvo las diferencias siguientes:

VII. 1. 1.- FUNDADOS Y GRAVES ELEMENTOS DE CONVICCIÓN.

La diferencia se encuentra en la “existencia de fundados y graves elementos de convicción”; y no la suficiencia de prueba como señala el artículo 135 del C. P. P. de 1991. El Juez al apreciar los elementos de prueba, descarta la duda, al considerar que se ha alcanzado la probabilidad de que se ha cometido el delito y la culpabilidad del imputado, por tal motivo está convencido de que corresponde decretar la prisión preventiva. En lo

que respecta al delito debe verificar si es típico y antijurídico, para tal efecto, analizaremos los conceptos de cada uno de los términos consignados en este artículo y que se encuentran en la norma procesal:

Fundados.- *Con fundamento, constancias o argumentos que apoyan la realidad y lo que se propone o se sospecha.*

Graves.- *Grande, importante. De responsabilidad. Arduo o difícil. Dicho de delitos, el castigado con muerte, pena restrictiva de libertad de larga duración o multa cuantiosa.*

Elementos.- *Fundamento o parte esencial de alguna cosa. Parte, pieza o componente de algo. Datos o informes sobre un problema en cuestión.*

Estimar.- *Apreciar, Juzgar, dictaminar. Tasación, valoración de una cosa.*

Convicción: *Convencimiento. Idea o ideal firme. Certeza.*

Convencimiento.- *Cambio de parecer o creencia por conocimiento de nuevos y superiores elementos de juicio. Creencia sobre un hecho. Convicción, certeza íntima; cual la necesaria en los jueces para admitir las probanzas o condenar por un delito⁴¹².*

El primer presupuesto se refiere *fumus boni iuri*, es decir la apariencia del buen derecho, motivo por el cual el Fiscal y el Juez, respectivamente, deben llevar adelante un juicio de convencimiento respecto al derecho cuya existencia se ha de declarar en virtud de una sentencia, debe estar basado en fundados y graves elementos de convicción sobre la comisión del delito, es decir, para el Juez al momento de dictar su resolución no exista duda para aplicar dicha medida coercitiva.

Esto significa que el Juez debe tener la seguridad que el hecho imputado es típico, antijurídico y culpable; y que el sindicado se encuentre vinculado como responsable de éste, que es la finalidad que se persigue en un proceso penal, de tal manera que de no llegar el Juez a este convencimiento en modo alguno puede decretar la prisión preventiva, sino disponer su libertad, además porque la regla general es que todo imputado permanezca libre, es decir, que a un imputado no se le imponga una medida de prisión preventiva.

⁴¹² CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo IV, II, 21 Edición. Revisada, actualizada y ampliada, Editorial Heliasta S. R. L., Buenos Aires, Argentina, 1989, p, 139, 197, 400, 591, 364, 369, respectivamente.

En principio, esta medida coercitiva es la privación de libertad que se dicta en contra de un presunto inocente, porque ni siquiera la sospecha más vehemente podría estar en condiciones de restringir el principio de inocencia, al consignarse que deben existir fundados elementos, significa admitir con las pruebas actuadas en la Investigación Preliminar el Juez ha llega al convencimiento de la comisión del delito y la vinculación del imputado, que lo lleva a dictar la medida de prisión preventiva; sin embargo, a ello se agrega, lo que a continuación se menciona esto es, “estimar razonablemente” que ha efectuado una valoración de los medios probatorios adjuntados en la denuncia. Por un lado se menciona que debe haber llegado al convencimiento y por otro lado se debe estimar su comisión; aún cuando la antijuricidad y la culpabilidad se ha de establecer plenamente al final del proceso, consideramos que el Juez al momento en que debe decretar la prisión preventiva no se encuentra en la situación de verificar en definitiva la responsabilidad del imputado, sino en decidir la procedencia de dicha medida restrictiva, de manera conjunta con los otros presupuestos.

Ríos Labarthe refiere. (...) *que la referencia a los **graves elementos de convicción** se valore desde la perspectiva de los términos **fundados** y razonables (razonablemente), que establecen un criterio de definición más rigurosos y coherente con la naturaleza de la institución*⁴¹³.

Dicho autor, ampliando su interpretación considera además, que en lo referente a graves elementos de convicción, significa “algo más o más allá de” y debe ser valorado bajo la perspectiva de los términos fundados y razonables, porque guardan mayor coherencia con la medida restrictiva de prisión preventiva.

“El Juez debe valorar los elementos que arrojen un alto grado de probabilidad de sancionar luego al imputado como autor o partícipe del delito, y esto solo se acredita luego de verificar un predominio de las razones que pueden justificar la imposición de la condena (...) Así, la probabilidad se diferencia de la posibilidad (suficientes elementos según el CPP de 1991) una equivalencia entre las razones favorables o contrarias a la hipótesis, y de la certeza (vinculada a la sentencia

⁴¹³ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, *La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal- Presupuestos, procedimiento y duración*, en *Revista de Actualidad Jurídica* N° 160, marzo de 2007, p, 158.

*condenatoria) (...) un alto grado de probabilidad si se quiere, cercano a la convicción o certeza, pero nunca idéntica*⁴¹⁴.

Tal como hemos analizado anteriormente, se debe sustentar en elementos objetivos que lleven al Juez a considerar racionalmente que se ha cometido el delito, o sea que es típico y que el imputado se encuentre vinculado a él, porque si el Juez no llega a este convencimiento no debe disponer la privación de libertad. A todo ello agregamos que con la modificación efectuada al artículo 77 del C. de P. P., mediante la Ley 28117: El Juez sólo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe. Es decir, antes de que se promulgue el nuevo CPP. se comenzó a exigir al Juez determinados requisitos para dar inicio al proceso penal, con mayor razón se debe ser más exigente para disponer la privación de libertad de un imputado como garantía de un derecho fundamental. Lo que se persigue es brindar el máximo de seguridad que debe tener el Juez al verificar un juicio provisional, considerando el carácter excepcional de la misma, verificando una evaluación razonada y suficiente de los elementos que la sustentan basado en las pruebas actuadas en la investigación preliminar, para disponer la privación de libertad de manera preventiva, ya sea que, el imputado hubiera estado con detención preliminar.

El Juez en la audiencia luego de escuchar al Fiscal y al imputado, debe decretarla en base a criterios objetivos que le han sido presentados al solicitar esta medida, mediante las pruebas que acreditan su pretensión e inclusive al examinar lo actuado en la investigación preliminar puede concluir que existe una causa de justificación o inimputabilidad y por lo tanto la detención solicitada no procede, por muy grave que sea el hecho punible cometido, debiendo quedar descartada una aplicación mecánica o automática – como sucede en algunos casos en la actualidad – de esta medida, sin tener en cuenta lo señalado en la norma procesal para privar de libertad preventivamente a un imputado.

⁴¹⁴ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, *idem*, p. 159.

Para la concurrencia de los requisitos señalados en la ley procesal, se requiere de hechos objetivos para ordenar la prisión preventiva de un imputado, es decir, que al Juez ha de constarle la existencia del delito, no se debe tratar de algo difuso o que no sea típico o antijurídico, por mucha conmoción social que hubiera originado, sino que sus principales elementos deben estar acreditados, así como que ha sido autor o partícipe del mismo, debiéndose entender como una demostración *prima facie* de responsabilidad delictiva y no el de una prueba plena. Para tal efecto, esta medida tiene que ser valorada bajo el principio de proporcionalidad y estar de acuerdo con él, para dictarla o mantenerla para el cumplimiento de fines procesales y en atención a las necesidades que aseguren la presencia del imputado; de tal manera, que no se deben tener en consideración los fundamentos que no se ajustan a los presupuestos señalados, tales como los valores morales del imputado o la demanda mediática de la opinión pública.

Para que la prisión preventiva sea considerada como legítima, no se debe dictar con la finalidad de impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones para recién acreditar la existencia del hecho punible, invirtiendo la lógica y la prudencia del procedimiento que debe tener el Juez porque con ello se quebranta la presunción de inocencia. Este requisito tiene una condición de hecho, al Juez ha de constarle la existencia del delito, porque no puede tratarse de algo imaginado o difuso, sino que sus contornos han de estar objetivamente delimitados y racionalmente calificados como un hecho típico, antijurídico y culpable; así como se desprenda un grado de intensidad mayor que la simple sospecha que el imputado es responsable o se encuentre vinculado a la acción u omisión delictiva, basado en hechos concretos y precisos, porque no se puede sustituir la presunción de inocencia por el de presunción de culpabilidad.

La prisión preventiva no puede estar sustentada en testimonios prestados por arrepentidos o de aquellos que han acogido a la colaboración eficaz, porque para estos casos, el Juez para aceptar la imputación formulada, debe basarse en un alto índice de veracidad y certidumbre respecto a la imputación formulada sobre la responsabilidad penal del procesado y de la

comisión del delito, lo que si podría servir de argumento para el inicio del proceso, más no para privarlo de libertad – como sucede en algunos casos – , porque ellas deben estar corroboradas con otros medios probatorios. En tal virtud, esta medida restrictiva sólo se justifica si concurren varios indicios contingentes, plurales, concordantes y convergentes que a través de la lógica y la experiencia, lleven al convencimiento de la existencia de un nexo causal entre los hechos probados y no existen contraindicios consistentes.

El presupuesto del convencimiento para acordar la privación de la libertad personal, representa una garantía desde la perspectiva que somete al Juez a una valoración de cualquier medio probatorio obtenido lícitamente si tiene un contenido objetivamente incriminatorio, porque de haberse obtenido ilegal o ilícitamente, ella no puede servir de fundamento para decretar la prisión preventiva, por ser ineficaz de acuerdo a la Constitución Política; asimismo, ha de tenerse en cuenta la presunción de inocencia. Por lo que es necesario que haya actuado en la investigación preliminar una mínima actividad probatoria, a fin de destruir dicha presunción; es decir, una suficiente prueba de cargo que sean cuantitativa y cualitativamente superiores a las descargo apoyada en un adecuado grado de verosimilitud, porque no procede encarcelar a un procesado en caso de duda sobre éstos presupuestos, sino se tiene la seguridad de la existencia de medios probatorios excluye la aplicación de tal medida coercitiva y debe resolverse a favor de la libertad.

VII. 2.- PROGNOSIS DE PENA.

El Juez, para decretar esta medida bajo la premisa de la probable pena que pudiera aplicarse al imputado, señalando que debe ser superior al máximo de 4 años, relacionada con el peligro de fuga, es decir, no debe limitarse a verificar la existencia de una pena conminada, sino a la probabilidad de pena a imponerse y exista la posibilidad que no se presente ante el Juez, debido a la gravedad de la pena que sea mayor a 4 años, la misma que debe ser valorada en cada caso concreto; sin embargo cabe hacer mención lo que sostiene Burgos Mariños respecto a este inciso: *“Es necesario suprimir este requisito, si se tiene en cuenta que responde a una fuerte*

*cultura inquisitiva, porque al prever una pena superior a los cuatro años, los jueces asumen como obligatoria en estos casos la imposición de la prisión preventiva, y porque además su utilización en este contexto pretende ocultar defectos del sistema, como es el caso del retardo en la administración de justicia*⁴¹⁵.

En la realidad judicial observamos que los jueces para considerar este requisito de la probabilidad de pena, solamente toman en cuenta en lo que respecta al máximo de 4 años como algo definitivo para decretar el mandato de detención, sin considerar los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad; y pretender basar la aplicación de esta medida en el criterio de que la pena supere los años referido en este presupuesto, significa que estamos ante un anticipo de sanción, motivo por el cual no puede ser considerado en forma aislada, ni mucho menos ser resuelto de manera automática sin llevar a cabo una evaluación conjunta con los otros requisitos, razón por la que cuando el órgano jurisdiccional dicta esta medida restrictiva basándose únicamente en la prognosis de pena, estamos ante un acto arbitrario e injusto, tal como lo hemos argumentado anteriormente, que de ninguna manera este presupuesto puede servir de sustento para privar de libertad a un imputado, basado única y exclusivamente, en la gravedad del delito y de la pena.

Odono Sanguinetti, al ocuparse sobre el particular, señala: *Ello no es otra cosa que una presunción legal de incomparecencia, criticable por varios motivos: a) si propiamente no está en directa contradicción con la presunción constitucional de inocencia, se halla discordancia con el espíritu de la misma (...); b) es una presunción que, en cualquier caso, puede ser destruida por otros datos relevantes del proceso; c) se presta formalmente a legitimar toda posible solución legislativa en relación a los presupuestos de la prisión provisional (...); d) decretar la prisión provisional por la gravedad del delito o de la pena, así como la emoción suscitada en la opinión pública o los motivos de orden público, confieren a la prisión provisional un carácter punitivo (...)*⁴¹⁶.

A lo anteriormente expuesto cabe preguntar ¿qué pena ha de considerar el Juez para decretar prisión preventiva la conminada o la probable? A lo

⁴¹⁵ BURGOS MARIÑOS, Víctor, “Principios rectores del nuevo Código Procesal Penal”. En *el nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales*, Editorial Palestra, Lima, 2005, p. 67-68.

⁴¹⁶ ODOÑO, Sanguinetti, cit, p. 127.

que respondemos: el Juez debe hacer una prognosis o sea la probabilidad de la pena aplicarse en caso de una sentencia condenatoria, para lo cual ha de verificar una apreciación subjetiva respecto al delito denunciado, a la participación, las circunstancias personales y sociales del imputado, la intensidad del riesgo que puedan modificar el estímulo de fuga que originaría la eventual pena que se le pudiera imponer, basados en hechos reales u objetivas y no en presunciones o sospechas, porque vulnera la presunción de inocencia; y de ninguna manera se debe tomar en cuenta la pena la conminada como sucede en algunos casos, en nuestra realidad judicial.

Para los efectos de considerar este requisito, el Juez debe analizar y resolver cada caso concreto, porque no es el único requisito para decretar la prisión preventiva, sino que también los otros presupuestos y no dictar una resolución en forma automática basado en la gravedad de la pena señalada para el delito que motiva el proceso penal o tan sólo con una fuerte sospecha sin examinar otras circunstancias o motivos, ni mucho menos sin reparar en las graves consecuencias que origina la aplicación de dicha medida, cuando no se ha establecido la culpabilidad del imputado y se sustenta en un criterio subjetivo del Juez, que debe partir para llegar a dicha determinación de la constatación de situaciones objetivas y concretas, como verificar sus antecedentes, es decir, la personalidad del imputado.

El señalar de manera expresa que la pena probable a imponerse sea superior a cuatro años, y no de un año, como está previsto en el artículo 135 del C.P.P. de 1991, no solamente sirve como criterio permisivo, sino que debe ponderar las circunstancias como se perpetró el delito y otras que atenúen la responsabilidad penal; sin embargo, dado el caso en que el delito materia de proceso penal merezca una pena no mayor a los cuatro años en modo alguno el Juez puede decretar una prisión preventiva. Se considera como principal argumento para fijar como prognosis dicha pena probable, de acuerdo a lo previsto en el inciso 1 del artículo 57 del C. P., que faculta al Juez suspender la ejecución de la pena: *1) que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de 4 años, 2) que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito.*

Asimismo, respecto a la gravedad de la pena, el Juez no debe actuar en forma automática, porque para disponer la privación de libertad debe hacerlo con discrecionalidad en estricta aplicación del principio de proporcionalidad y de los derechos fundamentales, es decir, el arbitrio judicial ante los delitos llamados graves no pueden ser considerado como un requisito rígido e inflexible, sino que tiene que ser dictada con parámetro objetivo, porque la prisión preventiva sirve solo para fines cautelares y debe ser decretada de manera excepcional, porque debido a las concretas circunstancias del caso que se ventila puede dar lugar a desvirtuar la posibilidad genérica del riesgo de fuga del imputado basado en el temor a que se le imponga una pena grave, porque ello significaría la inversión de la presunción de inocencia por el de criminalidad, lo que en modo alguno es admisible, tal como lo ha resuelto el Tribunal Constitucional:

“La prisión preventiva no puede justificarse únicamente en la prognosis de la pena que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se aplique a la persona que hasta ese momento tenga la condición de procesada, pues ello supondría invertir el principio de de presunción de inocencia por el criminalidad”⁴¹⁷.

VII. 3.- ELUDIR LA ACCIÓN DE LA JUSTICIA (PELIGRO DE FUGA) U OBSTACULIZAR LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD (PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN).

Es considerado como el principal presupuesto que el Juez ha de tener en cuenta para dictar la prisión preventiva como medida cautelar por el peligro procesal que comporta, sobre todo, en lo que se refiere a la conducta obstruccionista que el imputado pueda realizar al ejercer plenamente su libertad ambulatoria; y porque además, la sociedad requiere que se reprima conductas o actos reprochables jurídicamente. Esta medida coercitiva se encuentra vinculada de manera específica a una finalidad procesal dirigida a poner a disposición del Juez al imputado, a fin de asegurar su presencia física durante el desarrollo del proceso penal, porque debido a sus antecedentes y otras circunstancias del caso en particular, permiten colegir

⁴¹⁷ Exp. Nº 7550 – 2005 – PHC / TC, La Libertad, publicado en el Proceso penal y su jurisprudencia. Gaceta Jurídica. Diálogo con la Jurisprudencia, Junio de 2008, p, 600.

que tratará eludir la acción de la justicia u obstaculizar la actividad probatoria, que pueden ser utilizadas para evitar el esclarecimiento del delito o la responsabilidad del autor, conjurando ciertos riesgos relevantes para el proceso y posteriormente a la ejecución de una posible sanción.

Periculum in mora, es conocido como peligro en la demora o retardo procesal, razón por la que es indispensable que se tenga presente esta situación procesal, por ser una ocasión en la que el imputado realice acciones que interfiera u obstaculice la investigación judicial o eluda la acción de la justicia, dando lugar a que no sea efectivo el proceso penal, que tiene como finalidad la de asegurar una adecuada investigación de la verdad sobre el hecho que lo motiva y la efectiva aplicación de la ley penal sustantiva al dictar la sentencia que ponga fin al proceso o para resolver el caso en definitiva; motivo por el cual para evitar que suceda este retardo se decreta la citada medida coercitiva para asegurar su desarrollo y el resultado del mismo; concordado con lo analizados anteriormente, porque el objetivo es prevenir los riesgos de fuga, el ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida o realizando determinados actos para obstaculizar el esclarecimiento de la verdad.

Sánchez Mercado, al ocuparse sobre el *periculum procesal* sostiene que con la prisión preventiva concretamente lo que se busca es: 1.- *Impedir la desaparición física de elementos de prueba o su alteración. Coaccionar o sobornar a testigos para que no declaren o lo hagan de manera que beneficien al procesado.* 2.- *Evitar la manipulación de futuros elementos probatorios o actos de investigación.* 3.- *Tener al procesado a disposición de los órganos de juicio*⁴¹⁸.

El peligro de fuga y el de entorpecimiento se basan en la discrecionalidad del Juez; el primero como medida cautelar y el segundo para asegurar la prueba, motivo por el cual, el objeto para que se decrete prisión preventiva tiene que ser evaluado en conexión con otros elementos que debe haber observado el imputado, antes y durante el curso de la investigación preliminar, para evitar que se cumpla con la finalidad de conseguir una eficaz

⁴¹⁸ SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel, "La prisión preventiva. La demostración del *Periculum procesal* en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en artículo publicado en *Revista Diálogo con la Jurisprudencia* N° 98, año 12, noviembre 2006, p, 229.

averiguación de la verdad y la realización de la Ley penal. Una de las razones por las cuales sería aplicable dicha medida se puede sustentar cuando el imputado no ha concurrido a las citaciones impartidas por la Policía o por el Fiscal de manera injustificada en la investigación preliminar, al pretender burlar el exclusivo propósito de asegurar los fines del proceso.

VII. 3. 1.- Inciso 2 del artículo 268 del NCPP – 2004. Pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma.

Es necesario precisar que en este artículo no se menciona la reiteración delictiva que se encuentra legislado como principio general en la última parte del inciso 3 del artículo 253 del NCPP – 2004, y que a nuestro criterio debe ser derogado, por cuanto se considera que el imputado es culpable del delito materia del proceso penal, sin haberse dictado una sentencia; y responsable de un delito que no se ha cometido, porque se dicta la prisión preventiva como una medida ejemplarizadora de parte del órgano jurisdiccional antes de juzgarlo, para pretender tranquilizar a la sociedad que se ve impactada ante la comisión de un delito, así como también, al tratar de satisfacer un sentimiento colectivo de indignación o inseguridad ciudadana.

Sin embargo, de acuerdo al inciso antes referido, se adiciona como nuevo presupuesto para dictar la prisión preventiva, la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y cuando se advierta que se le puede brindar los medios que faciliten su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad; esto significa, que el Juez debe contar con la existencia de razonables elementos de convicción que el imputado se encuentra vinculado a una organización delictiva y de la comisión del delito que motiva el proceso y la prognosis de pena sea superior a cuatro años, es decir, que concurra conjuntamente con estos requisitos, lo que no está previsto en el artículo 135 del C.P.P. de 1991, como presupuesto material.

Sobre este particular coincido con lo que sostiene Gonzalo del Río Labarthe: *“El nuevo CPP debió incorporarlo tanto en el artículo 269 como en el artículo 270, y en realidad, una interpretación coherente de estas normas nos*

demuestra que si lo incluyen. El artículo 270 establece causales de tipo abierto, la pertenencia a una organización delictiva, siempre que se cumplan determinadas circunstancias, permiten valorar un riesgo razonable de destrucción, alteración u ocultación de fuentes de prueba. En el caso del artículo 269, dicha pertenencia puede valorarse dentro del concepto de “facilidades” para abandonar el país o permanecer oculto”⁴¹⁹.

En efecto, la doctrina nacional y extranjera consideran solamente a los tres presupuestos materiales antes referidos para decretar mandato de prisión preventiva judicial, de tal manera que asignarle además la misma condición como presupuesto a que el imputado integre o se reintegre una organización delictiva, no es lo pertinente, si lo que se pretende es sustentar que el miembro de una asociación criminal necesariamente sea privado de su libertad, siempre y cuando concurren los dos primeros requisitos con la finalidad de prevenir a la sociedad de que un individuo por ser tal es peligroso, no puede ser un presupuesto material y necesario para aplicar la prisión preventiva, sino como peligro procesal o un elemento de fuga u obstaculización de la actividad probatoria en un caso concreto.

Al pretender equipararlo como presupuesto material - *el fumus boni iuris y periculum in mora* -, cuando se hace referencia exclusiva y específica para integrantes de una organización delictiva; mientras que, lo previsto en el inciso 1 del referido artículo, es en forma genérica para toda clase de imputados y de delitos, tal como lo hemos expuesto anteriormente. Más aun, en los dispositivos posteriores se hace referencia a la gravedad de la pena y es lo que justamente se pretende considerar en este nuevo presupuesto, para los efectos de decretar prisión preventiva, máxime cuando se relaciona para su aplicación con los otros requisitos, a lo que se agrega como causal que se desprenda que facilite la fuga de otros coimputados.

Es más, se sostiene que al aplicar este nuevo presupuesto, es porque se advierte que podrá utilizar los medios que la organización le pueda proporcionar para facilitar su fuga, es decir, que al consignar en esta norma la conjunción “Y”, que es conjuntiva o copulativa, lo que significa que para ser aplicable este requisito es necesario justamente que la asociación a la

⁴¹⁹ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, cit, p, 164.

que pertenece el imputado le brinde las facilidades para que pueda fugar fuera del país, o sea que no basta que integre a una organización aisladamente, sino que, como repito es indispensable que concorra conjuntamente con la fuga de él o otros coimputados o para obstaculizar el esclarecimiento de la verdad.

El 29 de diciembre de 2006, se publicó en el Diario “El Peruano” el Acuerdo Plenario N° 4 – 2006/CJ – 116, respecto a la Asociación ilícita para delinquir, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, igualmente, han señalado cuales son los requisitos que se requieren para ser considerado como autor del delito de asociación ilícita para delinquir, sosteniendo lo siguiente: (...) *Así queda claro que el indicado tipo legal sanciona el sólo hecho de formar parte de la agrupación. A través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de a) relativa organización, b) permanencia o estabilidad y c) número mínimo de personas – sin que se materialice sus planes delictivos (...)*⁴²⁰.

Además, del Acuerdo Plenario antes referido, en la práctica no es tomado en cuenta por una gran mayoría de integrantes del órgano jurisdiccional basta el hecho que de manera eventual se hubieran reunido dos o más personas o que en algún momento hubiera tenido algún contacto coyuntural, dedicadas a una actividad delictiva para que sean considerados como miembros o integrantes de la misma, pese a que no concurren los presupuestos para la existencia de una organización delictiva, hecho que muchas veces se establece al final del proceso con una sentencia absolutoria, pero sin embargo, pasan varios años para que se llegue a tal conclusión, incumpliendo lo estipulado en las sentencias o plenarios que tienen la condición de vinculantes.

En las últimas décadas se ha incrementado la criminalidad organizada, terrorista y el tráfico ilícito de drogas, lo que ha motivado que la legislación haya sido modificada con la finalidad de pretender evitar su incremento y se considera que la mejor manera de conseguir este objetivo es fortalecer el *ius puniendi* del Estado, con el detrimento de los derechos fundamentales del imputado, ante la falta de consolidación del derecho a un proceso justo, que

⁴²⁰ Acuerdo Plenario de Vocales de las Salas Penales de la Corte Suprema, El Peruano”, 29 de diciembre de 2006, Lima, p, 6323.

exige entre otras cosas, razonabilidad en la toma de las decisiones por parte del juez y se proscribe todo comportamiento que conlleve una arbitrariedad manifiesta, haciendo uso y abuso de la prisión preventiva, verificando interpretaciones extensivas que violan el principio de legalidad, que no estamos ante el supuesto de una codelincuencia en la comisión de delitos posteriores, sino de una organización con fines delictivos.

El sostener que también será presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, cuando concorra conjuntamente con los requisitos de la existencia de fundados y graves elementos de convicción, demás de la prognosis de pena; consideramos – a nuestro criterio –, que este requisito adicional puede ser utilizado por algunos jueces para aplicar la privación de libertad, sin tener en cuenta lo que hemos expuesto anteriormente, respecto a que en forma expresa se precisa que no se debe considerar la posibilidad de fuga, máxime cuando este tiene que ser analizado por el comportamiento del imputado, desde un punto de vista objetivo.

VII. 4.- PELIGRO DE FUGA. Artículo 269.

Como ya lo hemos señalado, la consideración del peligro de fuga como una finalidad legítima de la prisión preventiva para asegurar la presencia del imputado en el curso del proceso penal y la probable pena a imponer. Pero, para el cumplimiento de este requisito no se debe basar en la sospecha de la probable evasión del procesado, sino que se requiere una base probatoria objetiva a fin de evitar la arbitrariedad jurisdiccional en la aplicación de esta medida coercitiva que busca asegurar su disponibilidad física en el proceso penal y garantizar su presencia a la ejecución de la sanción en el caso de una sentencia condenatoria, por lo que ha de analizarse el caso concreto y estar basado en hechos y pruebas existentes en la investigación preliminar, evaluando sus antecedentes y otras circunstancias que conlleven a determinar que el imputado pretende eludir la acción de la justicia, es decir, que no se sustente en una simple presunción, porque la inexistencia de un indicio razonable originan que el decretar o mantener dicha medida coercitiva lo conviertan en arbitraria, al no estar justificada razonablemente.

Odone Sanguiné, sostiene: *La doctrina indica como presupuestos justificativos del peligro de fuga los siguientes: a).La gravedad del delito.- que constituye una auténtica presunción legal de incomparecencia y aparece como elemento valorativo casi único, automático y suficiente; b).Los caracteres del delito.- ciertos delitos (por ejemplo, de pertenencia a banda armada, sujetos adictos a drogas, etc), por su naturaleza (...); y al margen de su gravedad, pueden servir para presumir un cierto peligro de fuga; c). Las circunstancias del hecho.- (...) que pueden elevar o reducir la pena concreta a imponer, tales como atenuantes o agravantes, formas de comisión del delito, etc.; d) Las circunstancias del imputado.- son las relativas a los antecedentes del mismo que puede ser tenidas en cuenta como motivo valedero de un concreto peligro de fuga.(...); e).La incomparecencia al llamamiento judicial: el riesgo de fuga es presumido, cuando el imputado no comparezca a la llamada judicial sin motivo legítimo que se lo impida. f).La incidencia del transcurso del tiempo.- tiene especial trascendencia respecto del principal motivo legitimador de la prisión preventiva, el riesgo de fuga, disminuyendo éste con el paso de aquél⁴²¹.*

El peligro de fuga es considerado como una justificación para que decrete la prisión preventiva de un imputado, porque la finalidad del proceso penal es establecer la verdad y ante la posibilidad que eluda la acción de la justicia obstaculizando e impidiendo el desarrollo del proceso, motiva que sea privado de su libertad al considerar indispensable la aplicación de esta medida. En este artículo se precisa en qué consiste el peligro de fuga; y qué es lo que debe tener en cuenta el Juez para concluir sobre este particular, tales como: los valores morales del procesado, la existencia de un domicilio conocido, una familia, la residencia habitual, el trabajo que tiene el imputado; y que, lógicamente, no se presenten facilidades para que pueda fugar fuera del país o permanecer oculto a fin de que no sea ubicado por las autoridades judiciales.

Asencio Mellado, sostiene: *a) Cuando se trate de una persona de gran capacidad de corromper a los funcionarios públicos, entre ellos, cuando se trata de un colegiado; b) cuando tenga en su poder indirectamente o de manera directa pruebas materiales; c) cuando por su estatus económico o político, etc., tenga la concreta capacidad de influenciar a los testigos, coimputados, peritos, etc.; d) en los*

⁴²¹ ODONE, Sanguiné, cit, p, 131

*delitos de bandas y en otros delitos económicos en los que existe prueba documental que puedan ser desaparecidas o manipuladas y en los delitos de corrupción política*⁴²².

De la doctrina nacional, extranjera y de las ejecutorias del Tribunal Constitucional, Suprema señalan que el principal presupuesto que los jueces deben analizar y tener en cuenta para decretar la prisión preventiva a quien se le imputa la comisión de un hecho punible, es el peligro procesal de fuga y la perturbación u obstaculización de la actividad probatoria, basándose en hechos concretos y no en generalidades, con un alto grado de objetividad; y no como suele suceder en algunos casos en nuestra administración de justicia penal, al sustentarla en la eventualidad de que pueda eludir la acción de la justicia al fugarse fuera del país y que pone en serio riesgo el éxito del proceso penal, al no permitir la averiguación de la verdad. Pero, sin mayor indicio objetivo de ello, en evidente perjuicio del procesado.

Sánchez Mercado, al analizar diversas ejecutorias dictadas por el Tribunal Constitucional, respecto a como es abordado por los jueces el presupuesto del peligro procesal al decretar la detención o prisión preventiva judicial, llega a la siguiente conclusión:

*“Muchos juzgadores, antes de cumplir con las exigencias del Tribunal Constitucional, toman el derrotero inverso y efectúan una fundamentación negativa. (...) Se exige que el peligro se base en una deducción bajo la forma de un “peligro de perturbación o fuga” (...) En muchos casos, es de público conocimiento que la pertenencia a redes de corrupción, de narcotraficantes y mafias saben perfectamente librarse de la justicia, recurriendo a medios nada santificables, procesando incluso a quienes se atrevieron a denunciarlos y en el peor de los casos, sabedores de las deficiencias económicas y de personal, en las técnicas de investigación han aprendido que al eliminar al testigo elevan altamente la probabilidad de ser absueltos por faltas de prueba”*⁴²³.

Este requisito procesal de la fuga del imputado debe ser acuciosamente evaluado por el órgano jurisdiccional, para lo cual ha de tener en

⁴²² ASECIO MELLADO, José María, “Derecho Procesal”. 2da edición, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 204.

⁴²³ SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel, “La prisión preventiva. La demostración del Periculum procesal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Nº 98, noviembre de 2006, año 12, p. 237.

consideración la existencia de indicios razonables sobre este particular, la misma que se debe determinar a partir del análisis de una serie de circunstancias que se deben haber desarrollado antes o durante el desarrollo de la investigación preliminar, tales como por ejemplo que tenga conexión con otros países, las mismas que se relacionan con las vinculaciones que pudiera contar en el extranjero, así como también con los medios económicos que puede tener y que lo han de llevar al convencimiento de que el imputado tiene facilidades para salir fuera del país o llegado el caso, para que pueda ocultarse de la administración de justicia, lo que tiene que ser corroborado con actitudes y valores morales, su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y cualquier otro factor que lleve al convencimiento al Juez con un alto grado de objetividad, concluyendo que la libertad del investigado pone en riesgo la correcta labor investigadora y eficacia del proceso; y, en gran medida, es el determinante para decretar la prisión preventiva.

VII. 4. 1.- ARRAIGO EN EL PAÍS DEL IMPUTADO.-

Con los requisitos señalados en la norma procesal se puede establecer o concluir que el arraigo lo constituye: sus costumbres, la existencia y posesión de un domicilio conocido, su profesión, recursos económicos o bienes, lazos familiares que dependan económica y moralmente del imputado, así como, su entorno social y económico, negocios que administra, situados dentro del ámbito judicial que deben ser considerados como elementos de evaluación por parte del Juez, a fin de que pueda quedar subordinada la libertad del imputado mientras se encuentre sometido a proceso, es decir, se exige que la existencia del peligro de fuga en forma concreta, la misma que se pretende evitar con la prisión preventiva, de acuerdo a las circunstancias familiares antes referidas; determinación que debe ser útil y servir para garantizar la finalidad que se persigue con la privación de libertad, luego de establecer la incomparecencia el arraigo familiar.

Del Río Labarthe, en el artículo antes mencionado al referirse sobre este requisito hace alusión a lo que señala José María Asencio Mellado quien

sostiene: *Un dato esencial que debe tenerse en cuenta para la interpretación del concepto de arraigo lo constituye el hecho de que el peligro viene constituido por la posibilidad que tiene el sujeto de sustraerse a la acción de la justicia. Y sin duda esa posibilidad viene referida a su permanencia en el Perú. Las circunstancias que acrediten la movilización del imputado de un distrito judicial a otro, de un departamento a otro, etc. no deben ser tomadas en cuenta*⁴²⁴.

Asimismo, en cuanto al arraigo familiar tal como lo señala la norma en mención se encuentra constituido por la residencia habitual del imputado con sus familiares más cercanos o que dependan económicamente de éste, en el caso de que no tengan un domicilio común, por el trabajo que desempeña y que pueda constituir medio para subsistir conjuntamente con quienes dependen de él, lo que demuestra su interés en permanecer en el lugar donde se cometió el delito y que motiva su proceso, dando lugar a que el Juez valore estas circunstancias como la imposibilidad de un riesgo de fuga, previa a la determinación de una eventual responsabilidad.

VII. 4. 2.- LA GRAVEDAD DE LA PENA QUE SE ESPERA COMO RESULTADO DEL PROCEDIMIENTO.-

Es en buena cuenta recurrir a la prognosis de pena, porque en este inciso se considera el criterio del Juez respecto a la pena a imponerse luego de hacer una evaluación como probable resultado del procedimiento. Pero, en este caso la gravedad de la pena se debe conectar con el arraigo familiar, profesional, económico, etc., para la adopción de la medida restrictiva, constituyendo un elemento objetivo para dictarla y no debe estar basado en el criterio desnaturalizado de la presunción de peligrosidad al generalizar la prisión preventiva basado en la gravedad de la pena - tal como lo hemos analizado anteriormente -, no puede servir como justificación o indicio seguro de riesgo de fuga, porque para ello ha de analizarse cada caso concreto, lo que motiva que el Juez tiene que verificar y constatar las pruebas y en base a ella concluir que pena probablemente puede ser aplicada.

⁴²⁴ ASENCIO MELLADO, José María, ob cit en artículo de Del Río Labarthe, Gonzalo, ob. cit., p, 161.

En nuestra administración de justicia el criterio que se adopta en algunos casos, es el de considerar el monto de la pena para decretar prisión preventiva del imputado al considerar como presupuesto razonable que cuanto más grave sea la pena, mayor es la posibilidad de que el imputado pueda eludir mediante la fuga a ser investigado, juzgado y sentenciado, sin evaluar las pruebas ofrecidas y actuadas en la investigación preliminar, así como tampoco los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la afectación del bien jurídico; lo que debe primar en el criterio del Juez para la aplicación de esta medida, es una prognosis, verificando una análisis en hechos objetivos al caso concreto; así como también al principio de proporcionalidad, porque el hecho de que se impute la culpabilidad a un imputado de la comisión de un delito grave no significa que el procesado sea menos inocente; sin embargo, lo que en verdad sucede, es que muchas veces lo que pesa en contra del procesado para apersonarse al juicio es el temor a la prisión preventiva, máxime cuando es de público conocimiento que existe una sobrecarga procesal, lo que da lugar a que permanezca privado de su libertad durante varios años, antes de ser juzgado en primera instancia.

VII. 4. 3.- RESARCIMIENTO DEL DAÑO.-

En este inciso, se toma en consideración el daño que ha sufrido el bien jurídico lesionado y que ha sido ocasionado por el imputado que tiene que ser objeto de una reparación civil al final del proceso de conformidad con lo prescrito en el artículo 93 del C. P. que comprende la restitución del bien o, si no es posible el pago de su valor; y la indemnización por los daños y perjuicios a favor de la víctima del delito imputado. Asimismo, de conformidad con lo prescrito en los artículos 1969 y 1970 del C. C., que prescribe la responsabilidad del sujeto que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo o una responsabilidad objetiva de aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo, respectivamente. También cabe ser considerado como un elemento para que la víctima de un

delito sea favorecida con la reparación de la lesión que sufrió el bien jurídico afectado, que muchas veces sufre una doble victimización, al ser agraviado con el delito cometido en su contra y ante el incumplimiento del pago de una reparación civil por el daño ocasionado.

El Juez para decretar prisión preventiva en contra del imputado, deberá tener en consideración la conducta observada por el imputado en cuanto al resarcimiento del daño ocasionado al bien jurídico a favor de la víctima de manera voluntaria, porque esta conducta observada por el imputado demuestra su reconocimiento al hecho cometido, debiendo ser evaluado con otras circunstancias para ser considerado como una causal o puede ser un argumento adicional para de que el imputado no va a fugar fuera del país, al valorarlo como un indicio que lo favorece en su conducta procesal, que no ha de recurrir a la insolvencia sobrevenida y al ocultamiento de sus bienes. Aun cuando, cabe precisar que la persona agraviada en la comisión de un delito puede accionar en la vía penal o civil a fin de buscar un reconocimiento judicial respecto al daño sufrido y por lo tanto no es necesaria la presencia física del imputado en el proceso, salvo el caso de que no se le pueda imponer una sanción penal y una reparación civil, si tiene la calidad de ausente o contumaz.

VI. 4. 4.- COMPORTAMIENTO DEL IMPUTADO.-

Desde el punto de vista procesal, se presenta si el imputado al tomar conocimiento de la denuncia interpuesta o el inicio de la investigación preliminar al ser citado por las autoridades policial o Fiscal concurre a ellas con la finalidad de aclarar su situación jurídica y colaborar con el esclarecimiento de los hechos aportando las pruebas pertinentes o entregando la documentación u objetos provenientes de la comisión del delito, no ha ocultado, adulterado o destruido pruebas importantes y necesarias, ni ha influido en testigos o peritos, es una demostración que no ha de fugar fuera del país. Aun, cuando es necesario precisar que el Código Procesal Penal, no señala en ningún artículo que medida se puede aplicar a quien no concurre a una citación para llevar a cabo una diligencia o la

actuación de un medio probatorio, en la que sea necesaria su presencia para el mejor esclarecimiento de los hechos que motivan el proceso penal.

Igualmente, en lo que se refiere a su comportamiento en un proceso anterior, ha de tomarse en consideración que éste se hubiere apersonado al mismo; así como el hecho de que hubiera realizado alguna actividad para obstaculizar el esclarecimiento de la verdad; además que llegado el caso, su posible actuación perturbadora es fácil de constatar, porque se trata de conductas efectuadas en el pasado y que figuran en el expediente respectivo, de tal manera que se puede recurrir al medio probatorio de prueba trasladada y corroborar su comportamiento; así como también que pudo haber sufrido prisión preventiva, en la que se acredite que eludió la justicia.

El Juez debe evaluar la conducta procesal del imputado verificado en un proceso anterior y el que motiva la investigación en el cual se ha de dictar la prisión preventiva, por lo que se debe constatar las actuaciones que hubiera realizado y que estén relacionadas con la fuga u obstrucción de la actividad probatoria, como la destrucción, ocultamiento, modificación de los medios probatorios, etc, sobre todo, verificar su disposición para someterse al proceso, porque su negativa a concurrir a determinadas diligencias en las que es necesaria su presencia, es un indicio de su falta de colaboración en el esclarecimiento de los hechos.

VII. 5.- PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN. Artículo 270.

En cuanto al peligro de obstaculización, el Juez deberá considerar el riesgo que pueda presentarse en el sentido de que el imputado pueda recurrir a medios ilícitos para hacer desaparecer físicamente los elementos de prueba, influenciar en sus coimputados, testigos o peritos, ya sea que fueran inducidos, amenazados o consigan que otros induzcan o logren convencer que las personas antes referidas presten sus declaraciones diferente a como sucedieron los hechos o que informen o declaren falseando los hechos o las pruebas, medida que se dicta para evitar la manipulación de futuros elementos probatorios o actos de investigación, motivo por el cual se considera que es necesaria e indispensable decretarla para el éxito de las

diligencias antes referidas y conveniente para la investigación a fin de reconstruir la verdad histórica, sobre todo, si tenemos en cuenta que tratándose de la detención o prisión preventiva judicial, la exigencia de la motivación en la adopción o en el mantenimiento debe ser más estricta, a fin de despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión que adopta el juez, luego de evaluar si ha cumplido objetivamente con tomar en consideración este presupuesto.

Se parte de la premisa que el imputado al encontrarse en libertad puede llevar adelante acciones para desaparecer las pruebas que lo incriminen o alterar la autenticidad de las mismas u originar que se practiquen actos para conseguir la desaparición de futuras fuentes de prueba. Es inadmisibles que la prisión preventiva pueda servir como un medio de presión, para pretender conseguir que el imputado acepte su responsabilidad en la comisión del delito imputado, porque para ello se ha de tener en consideración que éste goza de la prerrogativa de guardar silencio, declarar falsamente o la prohibición de autoinculparse. De tal manera, que la aplicación de esta medida tiene como finalidad de conseguir la protección de las pruebas existentes o evitar su manipulación, así como la influencia que se puede ejercitar en contra de sus coimputados, testigos o peritos, valiéndose de cualquier medio lícito o ilegal.

VII. 5. 1.- DESTRUIRÁ, MODIFICARÁ, OCULTARÁ, SUPRIMIRÁ O FALSIFICARÁ ELEMENTOS DE PRUEBA.-

El legislador precisar en que consiste el peligro de la obstaculización:

a) Destruir: significa evitar que el imputado realice actos ilícitos que lo lleven a aniquilar, inutilizar, deshacer o arruinar un elemento de prueba en caso de gozar de libertad.

b) Modificar: significa que el imputado ha de cambiar la estructura, naturaleza, contenido, forma, lugar o destino de un elemento de prueba.

c) Ocultar: significa que el procesado esconde o cubre de la vista de otros sujetos procesales los elementos de prueba de la comisión del delito o de su responsabilidad.

d) Supresión: se considera como cesación, desaparición, abolición o derogación de un elemento de prueba.

e) Falsificación, significa adulteración, cambio o imitación de para perjudicar a la administración de justicia, en cuanto dificulta el esclarecimiento de la verdad de los hechos.

Como podemos verificar en este inciso el legislador enumera las diversas actuaciones o conductas que el imputado puede realizar de encontrarse en libertad y justamente se dispone la prisión preventiva a fin de evitar que se ejecuten estos actos en evidente perjuicio para que el órgano jurisdiccional llegue a conocer la verdad de lo sucedido, respecto a la comisión del delito y la responsabilidad del procesado, porque el objetivo principal de acuerdo a lo legislado es la protección de los elementos o fuentes de prueba, que puedan servir para conseguir el éxito del proceso.

El imputado goza de determinadas prerrogativas constitucionales para la protección de su libertad, como hemos expuesto anteriormente, pero en modo alguno lo faculta para la destrucción, modificación, ocultamiento, supresión o falsificación de elementos probatorios, motivo por el cual se dispone que para evitarlo por parte del imputado se tiene que privar de libertad como una medida de aseguramiento, siempre y cuando existan los indicios suficientes que lleven al convencimiento al Juez, que el imputado si trata de realizar cualquiera de tales actos.

VII. 5. 2.- INFLUIRÁ PARA QUE COIMPUTADOS, TESTIGOS O PERITOS INFORMEN FALSAMENTE O SE COMPORTEN DE MANERA DESLEAL O RETICENTE.

El imputado que se encuentra en libertad ha de intervenir ejercitando autoridad o fuerza moral a fin de lograr de manera ilícita que sus coimputados, testigos o peritos, al momento en que tengan que prestar sus respectivas declaraciones o formulen sus informes lo hagan incurriendo en falsedad, es decir, no expongan la verdad de lo sucedido respecto a los hechos que han tenido conocimiento en forma directa por haber participado u observado la comisión del delito o la intervención del imputado o porque

han tenido referencia del mismo por terceras personas o cuando tengan que emitir opiniones respecto a un determinado hecho en su calidad de técnico o especialista, lo hagan falsamente.

Desleal.- *Falso, sin palabra.*

Reticencia. *“Declaración o manifestación parcial de una cosa, on reserva o silencio de elementos fundamentales para el conocimiento exacto del caso o para evitar un perjuicio; y con alusión, más o menos velada, a que se sabe más de lo que se sabe.*

(...) En el enjuiciamiento penal la reticencia de los testigos debe conducir a la petición de aclaraciones complementarias; y, de persistir en ellas, cabe adoptar las medidas disciplinarias o represivas pertinentes por la negativa a declarar”⁴²⁵.

Y en cuanto a reticente, significa que estas personas al prestar una declaración o al emitir un informe sobre un determinado hecho lo hagan en forma parcial, cuando deben hacerlos en forma total o cuando lo hacen con reserva o guardan silencio sobre elementos fundamentales para el conocimiento exacto el caso o con la finalidad de evitar un perjuicio al imputado; y con alusión, más o menos velada o evasiva, a que el declarante o informante sabe más de lo que expone, es indudable que estas situaciones se presentan en la realidad, en los diferentes procesos penales que se ventilan en los estrados judiciales y con la conducta que observan los testigos o peritos causan perjuicio para el esclarecimiento de la verdad.

VII. 5. 3.- INDUCIRÁ A OTROS A REALIZAR TALES COMPORTAMIENTOS.

Respecto a este inciso, se presenta en el caso de que el imputado se encuentre en libertad o detenido induce, instiga, persuade, convence a un tercero a fin de que lleve adelante la destrucción, modificación, ocultamiento falsificación de elementos de pruebas con la finalidad de aquellos actos o conductas no perjudiquen al imputado. Asimismo, cuando los coimputados, testigos o peritos tengan que prestar sus correspondientes declaraciones o informes lo hagan falsamente o de manera parcial o guarden silencio, respecto a un determinado hecho a fin de que no los perjudique o que el

⁴²⁵ CABANELLAS, Guillermo, *op cit.*, p, 197- tomo III y 210- tomo VII, respectivamente.

perito no emita su dictamen en forma correcta de acuerdo a sus conocimientos, motivo por el cual fue designado como tal. Es más, su comportamiento, para poder afirmar la presencia de este peligro de obstaculización, tiene que ser objetivo y concreto, que conduzcan al juez a concluir que determinadas conductas verificadas por el imputado revelen justamente, esta intención.

Es necesario dejar claramente establecido que el testigo o perito, traductor o intérprete, en un proceso judicial, verifica una falsa declaración sobre los hechos que motivan su participación en el proceso o emite un dictamen, traducción o interpretación falsa, incurre en el delito de falsa declaración en juicio, previsto en el artículo 409 del C. P., a nuestro criterio no era necesario consignar este inciso, máxime cuando antes de que declaren el juez le hace conocer que si no declaran la verdad, incurren en este delito. Lo que se trata es que no desaparezca la fuente de prueba que servirán para acreditar la comisión del delito y la responsabilidad del imputado; pero, esta posición que se asume no es coherente con la obligación que tiene el Estado de realizar las acciones pertinentes para dar cumplimiento al deber de asegurar las fuentes de prueba y no recurrir a privar de libertad a un imputado para evitar que efectúen las conductas que se indican en este inciso, que de acuerdo a lo señalado se realizarían a futuro, por lo que no resulta lógico que ante la inoperancia de las autoridades para evitarlo, se tenga que conculcar la libertad del procesado.

VII. 6.- AUDIENCIA Y RESOLUCIÓN. Artículo 271.

1.-El Juez de la Investigación Preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público realizará la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva.

Uno de los grandes problemas que se presentan en la administración de justicia en el ámbito penal es el de fijar plazos perentorios a fin de que se lleven adelante diligencias urgentes o no, porque en la realidad judicial éstos lapso de tiempo no se cumplen por múltiples razones: sobrecarga procesal, desidia de algunos jueces para llevar a cabo determinadas diligencias, pues

de una u otra manera estos plazos son burlados, dilatándose el proceso en forma innecesaria, en evidente perjuicio del imputado; y cuando éste exige el cumplimiento de lo señalado en la norma procesal, las consecuencias por su “exigencia” se ven reflejadas en la resolución que se dicta – por supuesto en su contra –, muchas veces sin mayor argumento para sustentar el contenido del auto dictado.

Tal como lo hemos analizado anteriormente, el Fiscal es el único facultado para solicitar la prisión o detención preventiva como titular de la acción penal, esto significa que el actor civil no está facultado para solicitarla, y mucho menos el Juez para decretarla del oficio; para tal efecto el Juez convocará a una audiencia y se llevará a cabo con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y su defensor, en el caso de que éste último no asista será reemplazado por el defensor de oficio. Es decir, de acuerdo a este dispositivo la concurrencia del Fiscal y del imputado es obligatoria, lo que significa que si no concurre cualquiera de ellos no se puede llevar a cabo audiencia alguna. Si bien es cierto, este pedido se verifica cuando el imputado se encuentra detenido en virtud de una resolución dictada en la investigación preliminar, la pregunta que nos hacemos es que sucede con el imputado se encuentra en libertad (el NCPP – 2004, no menciona ninguna medida coercitiva en caso de inconcurrencia) o está requisitoriado.

La respuesta a esta interrogante no se encuentra prevista en el NCPP – 2004, ni en los Reglamentos que regulan los procesos judiciales al amparo de este nuevo ordenamiento procesal, pues de acuerdo a la Resolución Administrativa N° 096 – 2006 – CE – PJ (20 de junio de 2006), tal como se detalla en el artículo 10; y en el inciso 3 del artículo 16, se señala que en caso de inconcurrencia de algunos de los sujetos procesales, el Juez decidirá si lleva a cabo la audiencia con sujeción al debido proceso. Pero, es el caso que la norma procesal es expresa al considerar la concurrencia obligatoria del imputado a dicha diligencia y no se encuentra prevista el caso de que éste no asista a la audiencia, de tal manera que una Resolución

Administrativa del Poder Judicial, no puede modificar o suplir vacíos de una norma procesal que tiene rango de ley.

Sin embargo, tal como le hemos señalado anteriormente, ha sido la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, ha dictado la sentencia casatoria N° 01 – 2007 – Huaura, de fecha 26 de julio de 2006, en la que resuelve esta situación, en el sentido que para los efectos de llevar a cabo la audiencia en la que el Fiscal solicita la prisión preventiva al Juez de la Investigación Preparatoria, no se requiere su concurrencia, pues solamente es necesario que se haya cumplido con verificar las notificaciones pertinentes al imputado y que su inasistencia puede ser voluntaria o negligente; precisando que no puede servir de sustento esta inconcurrencia, para que la audiencia no se lleve a cabo, porque perjudicaría la continuación del desarrollo del proceso, por razones derivadas de ausencia, contumacia o fuga.

2.- Para los efectos de llevar a cabo esta audiencia contradictoria rige en lo pertinente, el trámite que corresponde de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 8 del NCPP – 2004, concordándolo con el artículo 20 del Reglamento antes referido, en la que se dispone que instalada la audiencia, el Juez de la Investigación Preparatoria escuchará por su orden, al Fiscal, al abogado defensor quien rebatirá los argumentos que esgrime el representante del Ministerio Público a fin de que no se dicte la prisión preventiva del imputado; y al abogado del actor civil quien expondrá lo relacionado con el perjuicio que le pudiera originar que éste pueda estar en libertad. Por excepción, el Juez podrá intervenir en el momento que lo considere pertinente a fin de solicitar precisiones o esclarecimiento de las alegaciones. Consideramos que esta precisión señalada en el Reglamento no tiene sustento, toda vez que el artículo 136 de la LOPJ., indica en forma expresa que los abogados están obligados a absolver las preguntas y aclaraciones que deseen hacerle los jueces en el curso de sus informes.

Asimismo, se hace presente que la resolución debe ser pronunciada en la audiencia con respeto al derecho de defensa y principio de contradicción, sin necesidad de postergación alguna y el Juez incurre en responsabilidad funcional si no realiza la audiencia dentro del plazo legal, así como al

abogado y Fiscal se le impondrá una sanción disciplinaria si por al ausencia de cualquiera de ellos se frustra. Si bien es cierto, que este artículo se remite en lo pertinente al dispositivo legal antes invocado (art. 8), resulta que:

a) para este tipo de audiencia el plazo para llevarla a cabo es de 48 horas, mientras que en el artículo 8 es de tres días;

b) en la audiencia prevista en el artículo 171 del NCPP – 2004, es impostergradable porque se indica que la resolución se debe dictar en la citada diligencia; mientras que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8 se puede postergar y fijar nueva fecha en el lapso de 2 días;

c) en la audiencia para resolver la prisión o detención preventiva, si el Juez no la lleva a cabo en el plazo de 48 horas incurre en responsabilidad funcional; mientras que en la norma de remisión no se menciona ningún tipo de responsabilidad del Juez;

d) el fiscal y el abogado defensor serán sancionados disciplinariamente si por su causa se frustra la audiencia; en tanto que en el Reglamento se precisa que en caso de incomparecencia de uno de los sujetos procesales, el Juez decidirá si se lleva a cabo la audiencia con sujeción al debido proceso.

Si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia, será representado por su abogado o el de oficio. Esta situación, se presenta cuando el imputado se encuentra privado de su libertad, razón por la que se dispone que será notificado con la resolución que dicte el Juez dentro de las 48 horas de concluida la audiencia.

No se hace mención alguna a la presencia del actor civil o su abogado, pero a los principios generales del rubro de la prisión preventiva consideramos que no existe ningún impedimento procesal para se impida su presencia y en todo caso su intervención debe estar circunscrita a la reparación civil, lógicamente relacionada con la medida coercitiva de prisión, en la que se sostenga los problemas que acarrearía si estuviera en libertad el imputado, respecto a la actividad obstruccionista que puede ejecutar para impedir el esclarecimiento de la verdad y que por ende perjudica a los intereses de dicho sujeto procesal.

3.- La resolución que ordene la prisión preventiva será motivado, con expresión sucinta de la imputación, los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente, y sobre todo concordándolos con cada uno de los presupuestos. Este requisito tiene su fundamento en lo previsto en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política, tal como lo hemos analizado en anteriormente, más aun, en lo que respecta a este tipo de resoluciones el Juez tiene que ser más explícito y preciso en cuanto a exponer los fundamentos por los cuales decreta dicha medida coercitiva, por tratarse de la privación de libertad de un imputado.

4.- El Juez de la investigación preparatoria, si no considera fundado el requerimiento de prisión preventiva optará por la medida de comparecencia restrictiva o simple según el caso. No necesariamente, ante el pedido del Fiscal el Juez debe acceder a lo solicitado, toda vez que analizada las pruebas ofrecidas y actuadas en la investigación preliminar, que son aportadas por el representante del Ministerio Público como recaudo para se decrete la indicada medida restrictiva, el órgano jurisdiccional puede llegar al convencimiento de su improcedencia, en razón de que no concurren todos los presupuestos en forma conjunta para la aplicación de la privación de libertad, tal como se encuentra señalado en forma expresa en la norma procesal y que es de estricto cumplimiento, lo que da lugar a que el Juez teniendo en consideración las pruebas aportadas no lo convenza y se precisado a dictar una medida menos gravosa.

VII. 7.- LA DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. Artículo 272.

1. La prisión preventiva no durará más de nueve meses.

2. Tratándose de procesos complejos, el plazo límite no durará más de 18 meses.

En este artículo se fija un plazo en forma precisa o sea que el tiempo de duración está claramente señalado, limitándose su tiempo de duración y una vez vencido el plazo el imputado debe ser puesto en libertad; y solamente en determinados casos se puede ampliar hasta 36 meses.

Sin embargo, de acuerdo a lo que prescribe el artículo 137 del C.P.P. de 1991, modificado por la Ley N° 28105 y el Decreto Legislativo N° 983, en la

que se precisa que tratándose de procedimientos por delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados en agravio de igual número de agraviados el plazo límite de detención se duplicará. Pero, tal como lo interpreta el órgano jurisdiccional y el Tribunal Constitucional, resulta jurídicamente inadmisibles sostener que cuando se prolonga la detención o prisión preventiva en estos casos, la duplica del plazo es automática, es decir, no se requiere resolución, lo que vulnera un derecho constitucional de motivación y lo más grave es que en el NCPP – 2004, no existe esta absurda duplicidad.

La prolongación de la prisión preventiva, tal como viene sucediendo en la actualidad, no solamente en lo que respecta a la duplica automática, sino que se ha llegado al extremo de extenderlo hasta 72 meses, sin haber sido juzgado en primera instancia, vulnerándose el principio del plazo razonable, presunción de inocencia, debido proceso, etc.; lo que corrobora la existencia de un grave problema, no solamente en la administración de justicia, sino en la triste realidad carcelaria, debido a que los internos deben permanecer por un tiempo prolongado sin haber sido juzgados en primera instancia, perjudicando las garantías fundamentales, la moral pública y el crédito de credibilidad en la administración de justicia, inclusive cuando un proceso penal recorre todas sus fases, incluyendo los plazos ampliatorios de la instrucción o la prolongación de la detención preventiva, lo que demuestra la inoperancia del sistema judicial actual, porque no se sabe cuándo termina el juicio y los imputados (inculcados) siguen privados de su libertad en espera de una sentencia que tarda *ad infinitum*, en las peores condiciones imaginables para un Estado constitucionalmente democrático.

Es lamentable que el rubro de las medidas coercitivas, no hubieran entrado en vigencia el 01 de febrero de 2006, tal como estuvo previsto en la 5ta Disposición Final del NCPP – 2004, Decreto Legislativo N° 638, en la que *define el plazo razonable de duración de las medidas coercitivas – concretamente la de prisión o detención preventiva judicial –, sin perjuicio de los plazos máximos fijados en este Código, deberá tomar en consideración, proporcionalmente. a) la subsistencia de los presupuestos materiales de la medida; b) la complejidad e implicancias del proceso en orden al esclarecimiento de los*

hechos investigados; c) la naturaleza y gravedad del delito imputado; d) la actividad desarrollada por el órgano jurisdiccional; y, e) la conducta procesal del imputado y el tiempo efectivo de privación de libertad.

Consideramos que de haberse implementado el NCPP – 2004 en este rubro el problema que viene sufriendo en la actualidad más del 70% de los cerca de más de los 46, 000 internos que se encuentran sufriendo detención o prisión preventiva en las cárceles del país, por lo menos se habría que tenido que otorgar su libertad a un porcentaje muy considerable, dada la situación en la que están padeciendo durante varios años en su condición de imputados, es decir, sin haber sido objeto de una sentencia condenatoria en primera instancia; y mucho menos sin la concurrencia de los presupuestos que se indican, sobre todo cuando los plazos son precisos y no procede la “duplica automática”.

Se sostiene en los tratados internacionales, en la doctrina nacional y extranjera que todo procesado tiene derecho a ser juzgado en un tiempo razonable y sin dilaciones indebidas, sin embargo, en nuestra realidad judicial comprobamos que el retardo en dictar sentencia o las dilaciones indebidas son reiteradas, razón por la cual el concepto de plazo razonable cobra una gran importancia, en los caso en los cuales los jueces verifican interpretaciones de las leyes procesales en forma extensiva para que el imputado en forma arbitraria siga con detención preventiva. Basados en la inexistencia de un lapso de tiempo que se pueda considerar en abstracto como plazo razonable ya partir del cual se pueda reputar como irrazonable la prisión preventiva, motivo por el cual, la violación a éste, se encuadra dentro de los alcances del inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política, esto es, el debido proceso.

Dilación indebida tiene necesariamente que ver con el exceso del término fijado como máximo para la detención preventiva, disponiendo la actuación de diligencias con el evidente ánimo de prolongar dicha medida coercitiva, motivo por el cual los jueces deben examinar y pronunciarse en cada caso, sobre un hecho real y concreto, tal como también lo ha señalado el Tribunal Constitucional y no tratar de resolverlo en abstracto, a fin de que se disponga su inmediata libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso, la

misma que debe estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia a juicio.

Se ha establecido como elementos para examinar la razonabilidad de plazo de detención, en lo siguiente: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del imputado y c) conducta de las autoridades judiciales. Además, cabe agregar que a todo procesado se lo presume inocente y será tratado como tal, mientras no se haya declarado judicialmente su culpabilidad conforme al derecho y en un juicio, razón por la que es obligación del Estado de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y no eludirá la acción de la justicia.

La duración desproporcionada e indeterminada de la detención o prisión preventiva, contradice los principios de proporcionalidad, razonabilidad, provisionalidad, excepcionalidad y de presunción de inocencia en el curso de un proceso penal, originando que esta medida en la práctica se convierta en una sanción pese a que solamente tiene la condición de imputado o inculcado – según el caso –; mientras que a diferencia de la pena impuesta en virtud de una sentencia condenatoria, éste deja de ser un imputado y se convierte en un condenado al término del proceso, razón por la cual consideramos, además de las violaciones antes referidas, también va en contra del respeto a la dignidad.

VIII.- PLAZO RAZONABLE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

VIII. 1.- CONCEPTO.

El concepto o noción de “plazo razonable”, no es de sencilla definición, porque incluye tanto el control de la razonabilidad en la duración del proceso cuando el imputado está detenido provisionalmente, como la razonabilidad de los presupuestos que autorizan al órgano jurisdiccional a dictar dicha medida restrictiva personal.

Lo complejo de un proceso está en función a la extensión de las investigaciones y a la amplitud de la actuación de pruebas, así como a la multiplicidad de instancias o recursos. El Tribunal Constitucional ha resuelto

que la prórroga luego de vencido el plazo máximo ordinario no tiene relevancia constitucional y debe solucionarse con arreglo al derecho ordinario, la determinación de la razonabilidad del plazo corresponde al juzgado que tiene a su cargo el proceso. El órgano jurisdiccional tiene la obligación de asegurarse que la prisión preventiva de un procesado no exceda un plazo razonable, debiendo analizar los nuevos actos de investigación relevantes a fin de determinar si existe una necesidad de mantener privado de su libertad al imputado; la situación jurídica del procesado que se encuentra sufriendo prisión preventiva es muy imprecisa; existe una sospecha en su contra, porque aun no se ha logrado demostrar su culpabilidad.

Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos adquieren jerarquía constitucional de acuerdo a nuestra Carta Magna; y en lo que respecta al plazo razonable en materia de prisión preventiva la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, han resuelto que el órgano jurisdiccional de los Estados denunciados adopten las medidas necesarias para que se agilicen los procesos por el prolongado plazo transcurrido sin que se haya dictado la resolución judicial que defina la situación del denunciante, configurando violación del debido proceso, aun cuando el plazo razonable no se encuentra normado en forma expresa en la Constitución Política, pero se desprende del inciso 3 de artículo 139, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias.

Para los efectos de la aplicación de la detención o prisión preventiva judicial se lleve a cabo dentro de un plazo razonable, así como su prolongación en el tiempo es conveniente que precisemos determinados términos que guardan estrecha relación, tales como:

Hecho procesal, los acontecimientos y situaciones que, al margen de la voluntad de los sujetos procesales, producen efectos jurídicos en el proceso.

El acto procesal, es aquella conducta humana voluntaria de las partes y del juez, susceptible de exteriorización y provista de eficacia jurídica.

Plazo procesal, toda condición de tiempo puesta al ejercicio de una determinada actividad procesal, establecida en horas, días, meses o años o

fijado mediante la designación de un determinado acontecimiento de verificación cierta.

Roy Freyre: “(...) h) *El novísimo CPP., siguiendo un movimiento doctrinario y legislativo, que tiene relativamente pocos años, a puesto fin a la detención preventiva judicial-carcelaria de duración ilimitada (...) salvo casos específicos en los que la prolongación, de la detención se acuerda mediante auto debidamente motivado. Vencido el plazo respectivo, el inculcado deberá ser puesto de inmediato en libertad, sin perjuicio de dictarse las medidas necesarias para asegurar su presencia en las futuras diligencias judiciales*⁴²⁶.

Cristina Riva Tripap, refiere: “(...) Así pues, el tiempo constituye un elemento no sólo necesario sino imprescindible en todo proceso, ya que en última instancia se trata de una actividad humana; de modo que, ante la imposibilidad de un juicio inmediato, hemos de concluir que únicamente Dios no precisa tiempo para juzgar (...) Es decir, del mismo modo que un proceso no puede entenderse sin el elemento temporal, el proceso jurisdiccional tampoco puede imaginarse desconectado del derecho⁴²⁷.

Cafferata Nores: “(...) IV. *Encarcelamiento procesal y su límite temporal: dos caras de la misma moneda. I encarcelamiento preventivo no podrá ordenarse sino cuando sea estrictamente indispensable (...), por la misma razón (el principio de inocencia) tampoco podrá prolongarse más allá del tiempo estrictamente indispensable para que el proceso se desarrolle y concluya con una sentencia definitiva, (...) y sin que pueda pretenderse la ampliación de aquel término bajo la invocación de que subsisten los peligros para los fines del proceso o la concurrencia de cualquier clase de inconvenientes prácticos (todos los imaginables deben estar comprendidos en el término límite), ni muchos con argumentos que enmascaran, escondan o pretendan justificar la comodidad o displicencia de los funcionarios responsables. (...)*

Por estas razones afirmamos que tanto la imposición de la privación de la libertad (...), como su prolongación más allá del tiempo imprescindible para tramitar y concluir ese proceso con el efectivo resguardo de aquéllos, desnaturalizarán

⁴²⁶ ROY FREYRE, Luis E., cit, p, 530

⁴²⁷ RIVA TREPAT, Cristina, *La Eficacia Temporal del Proceso. El Juicio sin Dilaciones Indevidas*, José María Boch Editor, Barcelona, España, 1997, 13- 14.

totalmente aquella medida de coerción, transformándola en una verdadera pena anticipada” ⁴²⁸.

Hemos verificado una cita de Cafferata Nores, respecto a la razonabilidad de la detención, así como su prolongación, quien sostiene que para dictar esta medida restrictiva debe estar sustentado en pruebas fehacientes, y que no se puede justificar la displicencia de los jueces o que subsisten los peligros (incluyendo los imaginables) para conseguir los fines del proceso, sin tener en cuenta que el detenido es un inocente mientras no se demuestre lo contrario, motivo por el cual la limitación temporal de esta medida tiene que ser razonable y ante la posibilidad de una sentencia, su juzgamiento debe ser breve.

El proceso penal está constituido por una serie de actos que se desarrollan en el transcurso del tiempo; y la detención o prisión preventiva judicial es uno de ellos, pero como se trata de la privación de libertad de un procesado es necesario que esta medida tenga una limitación temporal, porque afecta uno de los bienes jurídicos que tiene amparo constitucional por ser un derecho fundamental y estar protegido además por la garantía de presunción de inocencia. Con la detención se pretende perseguir la averiguación de la verdad que se ve justificada con una mayor actividad procesal para desenmarañarla; pero por otro lado, existe el imperativo de seguridad jurídica para restablecer el orden vulnerado y que los intereses de los sujetos procesales se vean satisfechos en el tiempo.

El plazo razonable es una garantía procesal que tiene como objeto proporcionar un mínimo de tutela a toda persona que directa o indirectamente recurra al órgano jurisdiccional, cuando en un proceso penal el tiempo invertido sobrepase el que se puede considerar como adecuado en la etapa de investigación judicial o investigación preparatoria, sin haberse dictado sentencia en primera instancia, por lo que podemos concluir que se ha vulnerado el derecho que tiene un procesado al debido proceso y la tutela judicial efectiva, porque la privación de libertad dictada en su contra para conseguir la verdad procesal, la misma que no ha sido alcanzada dentro de

⁴²⁸ CAFFERATA NORES, José, *Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal*, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 194

un lapso de tiempo razonable. Ninguna eficacia práctica de una tutela judicial tardíamente prestada puede ser aceptada, desde el momento en quienes recurren a ella, ven frustrada su expectativa que tuvo al inicio del proceso, al buscar una solución o respuesta jurídica al problema que lo aqueja dentro de un plazo oportuno.” *Justicia retardada, no es justicia*”.

Se trata de un derecho fundamental cuya violación da lugar a que los afectados recurran al proceso constitucional de hábeas corpus al ser privado arbitrariamente de su libertad, que muchas veces es inobservada por el órgano jurisdiccional, debido a que en la sustanciación de su proceso se ha desconocido su derecho a obtener satisfacción jurídica en un tiempo razonable, originando que se vea afectada por un retraso injustificado por los encargados de administrar justicia, al permanecer en una situación de incertidumbre – desde el punto de vista procesal –, porque no se resuelve su situación jurídica, al subsistir una imputación que pesa sobre una persona, sin la existencia de una sentencia.

Para comprender el alcance preciso de esta disposición es conveniente ubicarla en las circunstancias debidas, porque toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal; además, la Ley señala las situaciones y condiciones en que se puede permitir la privación de libertad. Es en base a esta presunción de inocencia que los órganos jurisdiccionales a nivel nacional e internacional deben determinar si la detención de un imputado antes de la sentencia final ha sido superior al límite razonable.

El fundamento básico que respalda esta garantía es que ningún imputado puede ser objeto de una pena sin juicio previo en la que se incluye la presentación de cargos y la oportunidad que éste puede defenderse, ofrecer sus pruebas de descargo y luego se dicte la sentencia, todos estos actos procesales tienen que cumplirse dentro de un plazo razonable. Este límite de tiempo tiene como objeto proteger al imputado de su derecho básico de libertad personal, así como su seguridad personal frente a la posibilidad de que sea objeto de una detención arbitraria, por lo que transcurrido un tiempo considerado como razonable, si no ha sido sentenciado, se debe disponer su libertad, sin perjuicio de que continúe el procedimiento.

El estado debe probar la culpabilidad del imputado dentro de un plazo razonable para asegurar la confianza en la imparcialidad procesal del sistema. Para la declaración de culpabilidad o inocencia del imputado se considera equitativa siempre y cuando se respeten las garantías del procedimiento judicial, porque son los objetivos finales que debe buscar un Estado gobernado por el imperio de la ley; siendo necesario establecer que *la limitación temporal de la detención debe estar establecida, no en el interés de la justicia, sino en el interés del imputado*, lo que significa que se debe dedicar un período de tiempo ilimitado al procesamiento de un imputado para acreditar la comisión del delito y responsabilidad penal del imputado, previa acreditación de su vinculación como autor o partícipe en él.

En una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, se señala: “3 (...) *que el atributo en mención tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan durante largo tiempo bajo acusación y asegurar que su tramitación se realice prontamente. En consecuencia, el derecho a que el proceso tenga un límite temporal entre su inicio y su fin forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocido por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, por tanto no puede ser desconocido (...)*”⁴²⁹.

VIII. 2.- PLAZO RAZONABLE DE LA DETENCIÓN O PRISIÓN PREVENTIVA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL.

En la Constitución Política del Estado no existe una norma expresa, pero como norma de remisión se recurre a lo previsto en el artículo 139º, inciso 3 y en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

El artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: *Toda persona detenida o retenida (...) y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable (...)*. Asimismo, el artículo 8.2: *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente*

⁴²⁹ Exp. N° 01640 – 2009 – HC / TC – Lima, 27 de octubre 2010, publicada en Revista Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 17, noviembre de 2010, p 367.

su culpabilidad (...) El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable: artículo 8.1. Aunque se inspiran en el mismo principio, ambas disposiciones no son idénticas en sus referencias a lo que constituye un plazo razonable.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo XXV: (...)

Convención Americana de Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, en el artículo 8. 1: *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable. (...)*

En el artículo 7. 5: *Toda persona detenida o retenida debe ser llevada (...) y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable (...)*

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 8, inciso 3) *Toda persona detenida o presa (...), y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (...)*

El artículo 14, inciso 3, literal c) *Todas las personas son iguales ante los tribunales (...) A ser juzgada sin dilaciones.*

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas (Reglas de Tokio).

Convención Europea, en el artículo 5.3

Convenio de Roma en el artículo 6. 1

El plazo de detención preventiva judicial, está previsto en el artículo 137 del C. P. P. de 1991, modificado por la Ley 28105, en noviembre de 2003 que señala que durará más de nueve meses en el procedimiento ordinario (sumario) y de dieciocho meses (ordinario) y cuando se cumplan los requisitos previstos en el artículo 135 del C.P.P. de 1991.

Asimismo, tratándose de procedimientos por delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguido contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado el plazo límite de detención se duplicará. A su vencimiento, sino ha sido sentenciado en primera instancia se decretará su inmediata libertad.

La prolongación de la detención se decretará mediante auto motivado.

El NCPP – 2004, en el artículo I, Título Preliminar señala: *La justicia penal es gratuita (...). Se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable.*

Artículo VII.- Vigencia e interpretación de la ley procesal penal. *Inciso 1. La ley procesal es de aplicación inmediata (...). Sin embargo, continuarán rigiéndose por la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.*

Artículo 272° del NCPP – 2004: 1. *La prisión preventiva no durará más de 9 meses. 2. Tratándose de procesos complejos, el plazo límite no durará más de 18 meses.*

En el artículo 274°, *cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación; (...)*

La prisión preventiva podrá prolongarse (inciso 2 del artículo 272°) por un plazo no mayor de 36 meses.

El Fiscal debe solicitarla antes de su vencimiento.

El Juez se pronunciará previa realización de una audiencia (...) Resolución puede ser apelada (...)

Libertad del imputado. Artículo 273. *Al vencimiento del plazo, sin haberse dictado sentencia de primera instancia, el juez de oficio o a solicitud de las partes decretará la inmediata libertad del imputado, (...)*

En caso de procesos complejos por la materia; (...) El Juez de oficio mediante auto motivado podrá ampliar el plazo a que se refiere el párrafo anterior hasta por 8 meses adicionales improrrogables. Total 14 meses (...)

VIII. 3.- CRITERIOS PARA DETERMINAR EL PLAZO RAZONABLE.

VIII. 3. 1.- LA COMPLEJIDAD DEL ASUNTO.

Es un criterio de carácter objetivo, basado en la dificultad que presenta el proceso al llevar a cabo los diversos actos procesales. Para su valoración, se ha de tener en cuenta la naturaleza y gravedad del delito, los hechos materia de investigación, los alcances de la actividad probatoria para el mejor esclarecimiento de los hechos imputados, la pluralidad de imputados y/o agraviados y cualquier otra circunstancia que de manera objetiva de que el proceso resulte complicado y difícil.

El Tribunal Constitucional en una sentencia y anteriormente en el Exp. N° 2915 – 2004 – HC/TC:

“25. Para valorar la complejidad del asunto es menester tomar en consideración factores como la naturaleza y gravedad del delito (caso Tomasi. Sentencia del

TEDH del 27 de agosto de 1992), los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil”⁴³⁰.

En nuestra administración de justicias penal, tenemos que una de las principales causas que originan la complejidad de los procesos, es la acumulación de varios procesos, ya sea por la naturaleza del delito y por los que se encuentran sometidos a proceso, aduciendo como principal argumento el de evitar sentencias contradictorias, mejor conocimiento de los hechos y los delitos materia, facilitando la investigación, así como la unidad de los mismos, celeridad procesal, llegar a la verdad material a fin de solucionar el conflicto. Pero, esta pretendida justificación a la acumulación, en la práctica ha sido contraproducente, lo que ha dado lugar a que se promulgara el Decreto Legislativo 959, que en el inciso 4, señala que por celeridad, simplificación, se debe llevar a cabo la desacumulación de los procesos.

VIII. 3. 2.- LA ACTIVIDAD PROCESAL DEL INTERESADO.

La dilación haya sido provocada o producida por el procesado, por lo que es importante que se distinga el uso de los medios procesales de manera regular que faculta la norma procesal; por tal motivo, se considera como una defensa obstruccionista, porque se caracterizan por las diversas acciones verificadas por el imputado mediante la interposición de recursos que por sus fundamentos que se esgrimen son impertinentes y tienen que ser rechazados por el juez, demostrando que su finalidad es dilatar y desviar el curso de las investigaciones, con el objeto de que se evite averiguar la verdad. Para lo cual utiliza recursos obstruccionistas que desde su origen se desprende que la intención es la de obstaculizar y por ende la celeridad de éste, como recusar jueces sin la existencia de una causal.

El Tribunal Constitucional: “26. *En lo que respecta a la valoración de la actividad procesal del detenido a efectos de determinar la razonabilidad del plazo,*

⁴³⁰ Exp. N° 0290 – 2002 – HC/TC, 6 de de enero de 2003 y publicado el 4 de marzo de 2003.

es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado constitucional permite), de la denominada defensa “obstruccionista” (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado)⁴³¹.

“Defensa obstruccionista”. Son las conductas consideradas como internacionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, lo tenemos en la interposición de recursos que desde su origen y de manera manifiesta deben ser desestimadas, así como el hecho de las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones, basados en la garantía que todo procesado goza del derecho fundamental de la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al imputado a guardar silencio y la pasividad durante el proceso, bajo la premisa que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, pero sin embargo, ello no la autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad en el proceso. Con la evidente intención de retrasar el proceso.

Para la valoración de la actividad procesal del detenido a fin de determinar la razonabilidad del plazo, se debe demostrar que existen suficientes elementos que demuestran la mala fe de parte de aquel al utilizar los recursos que le faculta la ley, pero con la intención de dilatar el proceso o con propósitos obstructivos, para lo cual es preciso verificar el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado. En todo caso, corresponde al juez penal demostrar la conducta obstruccionista del imputado, sin dejar de tener en cuenta que es el fiscal a quien le corresponde destruir la presunción de inocencia.

En lo que respecta a la valoración del comportamiento procesal del imputado, es pertinente que se analice el uso regular de los recursos que le faculta la ley procesal, así como la pasividad maliciosa de éste en el curso

⁴³¹ *Exp. 00290 – 2002 – HC/TC, idem.*

del proceso. En tal virtud, la posibilidad de aceptar la propia conducta maliciosa del procesado en base a la cual pueda prevalecer la razonabilidad de un plazo de detención dilatado, se desprende de una interpretación sistemática del mismo artículo 137º, cuando en su sexto párrafo establece que: *“(...) no se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo, el tiempo en que la causa sufre dilaciones maliciosas imputables al inculpado o su defensa”*.

En consecuencia, toda resolución judicial que disponga la prolongación del plazo de detención o prisión preventiva, debe estar motivada en causas suficientes y objetivamente atribuibles al procesado, precisando las razones por las cuales las acciones dilatorias del imputado no se tomará en cuenta para el cómputo de los plazos establecidos en dicho dispositivo legal; porque el plazo razonable forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocidos por el sistema internacional de protección de los derechos humanos, pues en caso contrario se vulneraría el derecho fundamental de toda persona a no ser sometida a un proceso, más allá del plazo razonable, es decir una duración desproporcionada desvirtúa la funcionalidad del principio de presunción de inocencia en el desarrollo del proceso, dejando de ser un sujeto para convertirse en objeto del proceso.

VIII. 3. 3.- LA CONDUCTA DE LA AUTORIDAD JUDICIAL.

Se trata de observar la conducta llevada a cabo por el órgano jurisdiccional, encaminada a provocar una excesiva duración del proceso que se caracteriza: por la paralización hasta la excesiva actividad que determina la vulneración del plazo razonable, sin haber observado el especial celo que es exigible a todo Juez que debe investigar y resolver un proceso en la que el imputado se encuentre privado de su libertad. En lo atinente a la conducta del órgano judicial, ésta en función a si éstas han incurrido en dilaciones excesivas, tomando en cuenta la propia entidad de la causa.

Sentencia del Tribunal Constitucional: *“DILACIONES JUDICIALES. (...) 7. tampoco podrá prolongarse más de lo estrictamente indispensable para que el proceso se desenvuelva y concluya con una sentencia definitiva, mediante una*

actividad diligente de los órganos jurisdiccionales especialmente estimulada por la privación de la libertad de un presunto inocente, y sin que pueda pretenderse la ampliación de aquel término argumentándose que se mantienen los peligros para los fines del proceso o la concurrencia de cualquier clase de inconvenientes prácticos (todos los imaginables que deben estar comprendidos en el término límite), ni mucho menos con argumentos que encubran o pretendan justificar la incuria o displicencia de los funcionarios responsables. 27. Esta mala praxis debe ser totalmente erradicada, por cuanto genera un injustificable retardo en la administración de justicia que no está en consonancia con admisión que le está confiada al Poder Judicial, (...) siendo uno de ellos – contrario a la inaceptable morosidad judicial – que la decisión final sea dictada en tiempo útil y razonable. 28. Frente a la endémica morosidad que caracteriza a buena parte de los jueces y superiores tribunales de justicia nacionales, (...) sino que deben ser pasibles de la responsabilidad penal que les corresponda, 29, tratándose de dilaciones indebidas que inciden sobre el derecho a la libertad, es exigible un especial celo a todo juez encargado de un proceso en el que se encuentra inmerso un preso preventivo, (...). 30. Si bien puede sostenerse que la excesiva sobrecarga que padecen la mayoría de los tribunales, no solo el Constitucional sino también los de otras latitudes, no puede excusar la mora en las decisiones judiciales (...) 32. el hecho de no dictaminar o sentenciar, intencionalmente, dentro de los plazos legales establecidos, con las consecuencias que ello conlleva y que ha puesto en tela de juicio la capacidad punitiva del Estado, merece sanción penal, la que deberá ser determinada por el legislador en el marco del Código Penal⁴³².

Otra sentencia del Tribunal Constitucional: “La dilación indebida de un proceso no imputable al beneficiario de la acción de hábeas corpus no puede ni debe afectarle. En consecuencia, en el presente caso la deficiencia administrativa ocasionada al no encontrarse el cuaderno de libertad respectivo, como se aprecia de la razón del secretario de juzgado, viola los derechos del encausado, reconocidos en el apartado c) del tercer párrafo del artículo 14º del Pacto Internacional de Derechos Públicos y Civiles, que garantiza que toda persona acusada de un delito tiene derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas”⁴³³.

⁴³² Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 3771-2004 HC/TC, cit., p, 204

⁴³³ Exp. 110 – 99 – HC/TC, demandante Ernesto Fuentes Corro, 22 de junio de 1999 (En Diálogo con la Jurisprudencia, año 6, Nº 17, febrero 2000), p, 125

En los casos en que considere que las razones expuestas por los jueces son suficientes y relevantes para justificar la continuación de la prisión preventiva, se debe proceder a analizar si tales autoridades previamente han llevado a cabo la debida diligencia en el curso del proceso disponiendo que se actúen los medios probatorios y diligencias pertinentes, a fin de que la duración de tal medida no sea irrazonable.

Tribunal Constitucional: “(...) 7. *Por la misma razón (la presunción de inocencia), tampoco podrá prolongarse más de lo estrictamente indispensable para que el proceso se desenvuelva y concluya con una sentencia definitiva, mediante una actividad diligente de los órganos jurisdiccionales especialmente estimulada por la situación de privación de libertad de un presunto inocente, y sin que pueda pretenderse la ampliación de aquél término argumentándose que se mantiene los peligros para los fines del proceso o la concurrencia de cualquier clase de inconvenientes prácticos (todos los imaginables deben estar comprendidos en el término límite), ni mucho menos con argumentos que encubran o pretendan justificar la incuria o displicencia de los funcionarios responsables. (...)*”⁴³⁴.

La actuación que realizan los jueces, es necesario que sean evaluadas en lo que respecta al grado de celeridad como tramitan un proceso penal, para lo cual es necesario que se tenga en consideración el especial celo que debe observar el encargado de administrar justicia, sobre todo cuando el imputado se encuentra con detención o prisión preventiva- según el caso-, en los que debe primar la prioridad y diligencia debida, resquebrajando, su capacidad de respuesta en el desarrollo del proceso y mellando el principio de dignidad, al demorar intencionalmente la tramitación y resolución de los recursos que imponen o mantienen la detención o prisión preventiva, basado en el respaldo que cuenta por parte del ordenamiento procesal. Porque es deber del Estado de garantizar sentencias penales justas, pronta y plenamente ejecutables.

El Tribunal Constitucional español, en la sentencia N° 56/1997 (Sala Primera, en un recurso de amparo N° 3199/1996, sobre Vulneración del derecho fundamental a la libertad personal; existencia, falló: “1° Reconocer el

⁴³⁴ Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, exp. N° 3771-2004- HC/TC, de 29 de diciembre de 2004, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, años 10, N° 77, febrero 2005, p. 204.

derecho fundamental del recurrente a la libertad individual, sin que pueda ser excarcelado, sin que pueda ser excedido el plazo legalmente previsto para la prisión provisional". Vicente Gimeno Sendra, emite un voto disidente: "Por tanto, cuando la Constitución (...) establece la necesidad de que la prisión provisional se encuentra sometida a plazo, esta garantía constitucional hay que restringirla a esta medida cautelar penal y no a toda medida cautelar (...)"

José Cafferata Nores, respecto al plazo razonable de detención preventiva sostiene: *"Me afianzo en esta concepción "procesalística" (sobre cuya legitimidad crecen mis dudas) del encarcelamiento preventivo, porque creo que es el mensaje más comprensible de resistencia frente a una cultura jurídica crecientemente autoritaria que lo concibe como un gesto punitivo ejemplar e inmediato fundado en la mera sospecha o, como mucho, en la íntima convicción de los funcionarios judiciales sobre la participación del imputado en un delito; cultura en la que bastante tiene que ver la deformada percepción (o convicción) de que la instrucción (investigación penal preparatoria) es la parte central del proceso, que el juicio es una etapa cuasi-decorativa y que la sentencia definitiva cuando llega (en lo que no hay demasiado interés) llega "tarde, mal o nunca"*⁴³⁵.

El Estado trata de poner orden a través de su facultad sancionadora a quienes han cometido un hecho punible, sobre todo cuando revisten gravedad, para resguardar los intereses de la sociedad; lo que da lugar a que el interés público se centre en el tiempo que demora un juicio para aplicar una pena al autor o partícipes y la queja es casi generalizada: ***"los procesos en el Perú se eternizan y en las puertas de las oficinas judiciales hay colas enormes reclamando justicia"***; pero la protesta es mayor cuando se trata de una detención preventiva que supera con creces el plazo razonable, debido a dilaciones indebidas de parte del órgano jurisdiccional en contra de un procesado, - en algunos casos- inocentes., por lo que debe observar los derechos fundamentales de los procesados.

Susana Albanese, señala: *"La Comisión ha tratado en múltiples casos el tema del agotamiento de los recursos internos y, en tanto excepción a esta regla el alcance del plazo razonable. En la resolución 17/89, señaló que "... conforme a los principios de Derechos Internacional generalmente reconocidos, corresponde*

⁴³⁵ CAFFERATA NORES, José, *Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal*, Editores del Puerto S.R.L, Argentina, 1998, p, 192.

*observar que siendo el problema de excarcelación del procesado una incidencia dentro de los propios procesos incoados contra, el agotamiento de los recursos internos se cumplió con la interposición de los petitorios respectivos de excarcelación y las resoluciones denegatorias”*⁴³⁶.

En esta obra la autora ha compilado resoluciones y sentencias dictadas por la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana y diversos instrumentos de derechos humanos, señalando algunos requisitos del debido proceso legal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sosteniendo que compilar y comentar documentos constituye una frecuente actividad académica; difundir ciertos contenidos que allí se encuentran dada su trascendencia, por tratarse de personas que sufren privación de libertad, motivo por el cual ella considera que constituye un compromiso moral.

Cafferata Nores, señala: *“La complejidad de un caso puede justificar la detención preventiva (...) no es legítimo invocar las necesidades de la investigación de manera general y abstracta para justificar la detención preventiva. Dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del imputado. No se puede privar de libertad del detenido más allá del límite estrictamente necesario para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de la investigación”*⁴³⁷.

VIII.3. 4.- LA AFECTACIÓN QUE GENERA LA DEMORA EN LA SITUACIÓN DE LA PERSONA INVOLUCRADA EN EL PROCESO.

Es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien en la última década ha dictado sentencias en las que reconoce la existencia de este nuevo elemento como uno de los determinantes que ha de tenerse en cuenta para determinar la razonabilidad del plazo.

⁴³⁶ ALBANESE, Susana, *Garantías Judiciales*, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Argentina, 2000.

⁴³⁷ CAFFERATA NORES, José, *Proceso Penal y Derechos Humanos*, p, 182

VIII. 3. 5.- JURISPRUDENCIA SOBRE VIOLACIÓN DEL PLAZO RAZONABLE.

El Tribunal Constitucional: *“Que, por otra parte, no puede dejar de relievase que cuando el artículo 137º del Código Procesal Penal otorga la libertad por exceso de detención, lo que ofrece en realidad es un paliativo a la eventual injusticia ocasionada por la lentitud o ineficacia en la administración de justicia, optando por el mal menor; de que un culpable salga libre mientras espera su condena, frente al mal mayor: de un inocente permanezca encarcelado en espera de su tardía absolución definitiva. (...) 8. (...), reconozca de modo expreso y concluyente que la existencia de retardo en la administración de justicia con reos en cárcel “(...) vulnera el principio de legalidad y debido proceso”⁴³⁸.*

El Tribunal Constitucional: *“(...) 2. El derecho al plazo razonable de la detención preventiva como manifestación implícita del derecho a la libertad personal en el orden institucional y explícita en el orden internacional.(...) 5 (...). Sin embargo, se trata de un derecho que coadyuva el pleno respeto de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiaridad. Necesidad, provisionalidad y excepcionalidad que debe guardar la aplicación de la prisión provisional para ser reconocida como constitucional. (...)”⁴³⁹.*

Tribunal Constitucional: *“(...) 18 el poder del Estado para detener a una persona en cualquier momento del proceso constituye el fundamento principal de su obligación de sustanciar tales casos, dentro de un plazo razonable (...) y; de otro, porque el procesado (...) sufre una grave limitación de la libertad”⁴⁴⁰.*

Tribunal Constitucional: *“(...) 4. Es inevitable que dentro del mismo no se encuentra exenta o inexistente la presencia del anteriormente referido plazo razonable, (...). 7. (...), pues lo que se reclama en la presente causa **no es un beneficio procesal cuyo cumplimiento queda librado a la discrecionalidad del juzgado penal, sino a la observancia efectiva de una norma de contenido imperativo como la establecida en el artículo 137º del Código Procesal Penal.** Por otra parte, (...) es el Texto Constitucional el que debe prevalecer conforme al artículo 51º de la misma norma fundamental.(resaltado es nuestro)”⁴⁴¹.*

⁴³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 1093-2001 HC/TC, cit, p, 211

⁴³⁹ Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, exp. N° 2915-2004, p, 198

⁴⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 2915- 2004- HC/TC, cit., 200

⁴⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 1093- 2000-HC/TC, de 30 de noviembre de 2000, (en Diálogo con la Jurisprudencia N° 35, agosto 2003), p, 211.

Tribunal Constitucional: “7.(...) la Comisión Interamericana (...) que «tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. La Comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad”⁴⁴².

Tribunal Constitucional: “(...) 28. La determinación del plazo máximo de la detención en el caso deberá realizarse de conformidad con el derecho a la razonabilidad. (...), no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión provisional pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que conlleva merituar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito”⁴⁴³.

Tribunal Constitucional: “(...) En consecuencia, el derecho de que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocidos por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, por tanto, no puede ser desconocido”⁴⁴⁴.

Tribunal Constitucional: “7 (...) pues lo que se reclama en la presente causa, no es un beneficio procesal cuyo cumplimiento queda librado a la discrecionalidad del juzgador penal, sino a la observancia efectiva de una norma de contenido imperativo como la establecida en el artículo 137 del Código Procesal Penal (...)”⁴⁴⁵.

Tribunal Constitucional: “6) Que, si bien el delito de tráfico ilícito de drogas constituye un hecho despreciable en la conciencia social de la población y ocasiona un daño calificado a la sociedad debe hacerse notar que, en este caso, la comisión del delito del beneficiario es un hecho aún no entendiado por lo que sigue vigente la presunción constitucional de su inocencia, de modo tal que al haber transcurrido más de cincuenta y dos meses de encarcelamiento y, en consecuencia, haberse

⁴⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 791 – 2002 – HC/TC, cit, p, 269.

⁴⁴³ Expediente N° 2915 – 2004 – HC/TC. Selección de Jurisprudencia en materia penal, Primer Seminario del Centro de Estudios Constitucionales, Lima, mayo, 2005, p, 52

⁴⁴⁴ Exp. 3771 – 2004 – HC/TC, 29 de diciembre de 2004 (en Diálogo con la Jurisprudencia, N° 77, febrero 2005) p, 204.

⁴⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 662 – 2000 – HC/TC, en Diálogo con la Jurisprudencia, año 7, N° 29, Febrero 2001.

vencido los plazos máximos legales de detención, se han vulnerado el derecho a la libertad, a la presunción de inocencia y el derecho al debido proceso del beneficiario (...) ⁴⁴⁶.

Otra sentencia del Tribunal Constitucional: “(...) 6. Es deber del Juez penal dotar de la prioridad debida y actuar con una diligencia especial en la tramitación de las causas en las que el inculpado se encuentre en condición de detenido. De no tenerse presente ello, una medida que debería ser concebida como cautelar y excepcional, se convertiría en un instrumento de excesiva aflicción física y psicológica para quien no tiene condición de condenado, resquebrajando su capacidad de respuesta en el proceso y mellando el propio principio – derecho de dignidad humana, consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política”⁴⁴⁷.

Otra sentencia del Tribunal Constitucional: “(...); resulta inobjetable que: a) el hecho de haberse producido detención por encima de los períodos anteriormente referidos; b) el hecho de no existir auto motivado de prórroga por encima de los quince primeros meses y ni siquiera solicitud del fiscal al respecto como tampoco y mucho menos audiencia del inculpado; el hecho de no haberse decretado la libertad inmediata del accionante de la presente causa tras la culminación de los treinta meses de detención obligándose por el contrario que permanezca detenido ad infinitum; so pretexto de un equivocado concepto de la tramitación procesal; sólo puede significar que se han transgredido todas las previsiones jurídicas que garantizan un proceso debido o regular; y que dicha situación, ha comprometido en particular, (...) el derecho a un plazo razonable en la administración de justicia. (...)”

El Tribunal Constitucional señala que, la libertad personal decretada una persona que se encuentra con detención preventiva judicial, no es un beneficio procesal cuyo cumplimiento queda sujeto a la discrecionalidad jurisdiccional, sino que una vez cumplido el plazo debe ejecutarse ésta, por ser una norma imperativa, desde el momento en que para decretarla se debe tener en cuenta los principios de excepcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad y, respecto al plazo límite de la detención por tratarse de un derecho fundamental, ésta tiene su sustento en normas internacionales que protegen los derechos humanos.

⁴⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 1249 – 2000 – HC/TC, y 19 de enero 2001, publicada en la revista Actualidad Jurídica, p 123.

⁴⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 7624 – 05 – HC/TC, en Diálogo con la Jurisprudencia Penal. N°96, Lima, p, 250.

La gravedad del delito imputado y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia. Sin embargo, tampoco resultan suficiente, luego de transcurrido cierto plazo, para justificar la continuación de la prisión preventiva. Asimismo, para justificar la prolongación de la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del imputado, debiéndose constatar, entre otros elementos, si ha sido condenado con anterioridad por hechos similares, tanto en naturaleza como en gravedad.

Además, otro elemento es el riesgo legítimo de que los testigos u otros sospechosos sean amenazados también constituye un fundamento válido para dictar la medida al inicio de la investigación. Pero cuando la investigación prosigue y dichas personas ya han sido interrogadas suficientemente, el peligro disminuye y deja de ser válida la justificación para mantener la prisión preventiva. Aún tratándose de delitos como el tráfico ilícito de drogas, que causa grave daño a la sociedad, es necesario que se tenga en cuenta el plazo razonable de detención preventiva, pues el prolongarlo en forma indefinida vulnera los derechos fundamentales de presunción de inocencia el debido proceso, que se encuentran garantizados en la Constitución Política.

Asimismo, ante la reiterada y manifiesta falta de celeridad en la administración – que padecen muchos procesados –, no puede ser justificante para que una persona permanezca detenido ad infinitum, máxime si en algunos casos ni siquiera se justifica esta indebida prolongación de la privación de libertad, de allí que el Tribunal sostenga que la estricta aplicación del artículo 137 del C.P.P. de 1991, lo que ofrece en realidad es un paliativo a la falta de celeridad procesal o ineficacia en la administración de justicia, optando por un mal menor de que un culpable alga en libertad mientras espera su condena, frente al mal mayor que un inocente permanezca encarcelado, en la espera de que después de varios años sea absuelto.

VIII. 4.- PLAZO RAZONABLE EN CASO CONCRETO.

La Carta Magna precisa como una garantía constitucional la presunción de inocencia, motivo por el cual, el juez al decretar la detención a un procesado debe tener en consideración este principio, porque la duración excesiva en lo que respecta al plazo de dicha medida origina el riesgo de que se invierta la referida garantía constitucional al privar de libertad a una persona que legalmente es inocente, más aún, cuando el sujeto que sufre los alcances de esta medida no ha sido declarado culpable del hecho punible que se investiga judicialmente se convierte en una medida arbitraria; y al no tomar en cuenta esta garantía, se tiene que el procesado sufre prisión injustamente, cuando la ley reserva esta medida a quienes se ha demostrado su culpabilidad. Más aun, cuando la “regla” es el respeto a la libertad individual de las personas.

El Tribunal Constitucional sostiene: “(...) 3) (...) c) *el no haberse decretado la libertad inmediata del afectado tras la culminación de los treinta meses de detención, obligándole por el contrario, que permanezca detenido ad infinitum, so pretexto de un equivocado concepto de la tramitación procesal, (...) y que dicha situación, ha comprometido, en particular, la eficacia o existencia de uno de aquellos derechos innominados constitucionalmente pero a la par consustanciales a los principios del Estado democrático de derecho y la dignidad de la persona (...), como lo es sin duda, el derecho a un plazo razonable en la administración de justicia. (...)*”⁴⁴⁸.

Otra sentencia del Tribunal Constitucional: “*Criterios para valorar la razonabilidad de la duración de la detención judicial. 18. Los parámetros legales, si bien son válidos para el enjuiciamiento de un caso concreto en el que haya sido dispuesta tal medida, sin embargo, no agotan el contenido de dicho derecho fundamental, de modo que ni todo el plazo máximo legal es per se razonable, (...) Su duración debe ser tan solo la que se considere indispensable para conseguir la finalidad con la que se ha decretado la prisión preventiva*”⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 697 – 2000 – HC/TC, 18 de diciembre del 2000 (en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 30, marzo 2001).

⁴⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp, N° 3771 – 2004 – HC/TC, 29 de diciembre de 2004, (en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 77, febrero 2005), p, 205

Otra sentencia del Tribunal Constitucional: *“La medida preventiva privativa de la libertad no debe durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos de la investigación judicial y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano, como lo establece el artículo 1º y el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Estado”*⁴⁵⁰.

La privación de libertad del imputado, no sólo exige que su caso se atienda con prioridad, sino que no debe exceder un lapso de tiempo *razonable* para que se dicte una sentencia en primera instancia, salvando los riesgos que pueden obstaculizar su dictado o falsear su base probatoria. El juez se debe asegurar que ella no exceda un plazo razonable, debiendo analizar todas las pruebas relevantes a fin de determinar si existe una necesidad de decretar o mantener la prisión preventiva y exponerlo claramente en sus resoluciones referentes a la privación de libertad del imputado; es así, que la efectividad de las garantías judiciales debe ser mucho mayor a medida que transcurre el tiempo de duración de la prisión.

En muchos procesos penales de acuerdo al C de P. P., los jueces se basan en la resolución que dispone que el proceso es de naturaleza compleja basado en lo prescrito en el artículo 202 de dicho cuerpo de leyes, para prolongar la detención en forma automática a 36 meses sin la existencia de una resolución, que es un requisito básico previsto en el artículo 137 del C. P. P. de 1991, porque tiene que ser a pedido del fiscal y dictar la resolución respectiva que puede ser impugnabile.

El Juez debe justificar la privación de libertad sin condena en primera instancia de un procesado utilizando criterios pertinentes y suficientes, basado en la valoración de las pruebas actuadas y los hechos incriminados para justificar la prolongación de la detención, debiendo determinar si el tiempo transcurrido, antes de que se dicte sentencia, en algún momento ha sobrepasado un límite razonable, porque la privación de libertad sin expresar las razones por las cuales se prolonga, viola los derechos humanos.

⁴⁵⁰ Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, Exp. Nº 110 – 99 – HC/TC, por Ernesto Fuentes Garro, Lima, 22 de junio de 1999, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 6, Nº 17, febrero de 2000, p, 125.

VIII. 5.- PLAZO RAZONABLE EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al tratar sobre el plazo razonable en el caso *Genie Lacayo vs Nicaragua*, se pronuncian: “(...) 77. El artículo 8.1 de la Convención también se refiere al plazo razonable. Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos (...) se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales. (...)”⁴⁵¹.

En el informe 2/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “(...) 19. (...) En principio, la autoridad judicial la obligación de asegurarse de que la prisión preventiva de un acusado no exceda un plazo razonable. Para tal efecto, debe analizar todos los elementos relevantes a fin de determinar si existe una necesidad genuina de mantener la prisión preventiva, y manifestarlo claramente en sus decisiones referentes a la excarcelación del procesado. (...)”⁴⁵².

La Corte Interamericana de Derechos Humanos: “es un principio comúnmente aceptado que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y que ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad”⁴⁵³.

Es a nivel internacional donde se ha tratado el problema del plazo razonable en los casos de detención preventiva judicial, tanto en la Corte, como en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitiendo pronunciamientos que sirven como vinculantes. La jurisprudencia supranacional ha sostenido como fundamento de la razonabilidad del plazo máximo de duración, que al sobrepasar la prisión preventiva el límite que éste impone “aumente el riesgo de que se invierta el sentido de la presunción de inocencia”, porque “se torna cada vez más vacía y finalmente

⁴⁵¹ LANDA ARROYO, César, cit, p, 182

⁴⁵² Informe 2/97, cit, p, 5

⁴⁵³ LANDA ARROYO, César, cit, caso *Castillo Páez vs Perú*, p, 230

se convierte en una burla”, y además, se “priva de libertad a un inocente, sanción severa que legítimamente se dicta a los condenados, sino por su consecuencia natural de sospecha indefinida y continua”.

Otra consecuencia de una detención preventiva excesiva es que afecta el derecho de defensa, al aumentar la dificultad del imputado para organizar su defensa, para presentar pruebas y contra-argumentos, disminuye la posibilidad de convocar testigos. En muchos casos se incrementa en contra del imputado la posibilidad de ser objeto de una pena que justifique la prolongada duración de la prisión preventiva,- dándola por compurgada con la carcelería que viene sufriendo- aun cuando los elementos de convicción no sean contundentes. La amenaza, que para el detenido representa la futura sentencia disminuye si la detención continúa, acrecentándola la convicción de aquél de haber servido ya una parte de la pena.

“(E)l término inicial del cómputo del plazo razonable del proceso opera a partir del inicio de la investigación preliminar que comprende la investigación policial y/o la investigación fiscal.(...). El término final (del cómputo del plazo razonable del proceso) opera en el momento en que la persona es notificada de la decisión definitiva que supone el agotamiento de los recursos. (...) (Los términos final e inicial del cómputo del plazo) deben ser analizados de manera especial y pormenorizada en el lapso existente entre (ambos), lo que debe ser exteriorizado en una decisión debidamente motivada”⁴⁵⁴.

En esta sentencia se precisa desde que momento se debe verificar el cómputo del plazo inicial y final en un proceso penal; y lógicamente para los efectos de la medida de detención preventiva en una investigación preliminar o prisión preventiva en una investigación preparatoria, para la primera el cómputo es cuando la policía verifica una privación de libertad en flagrante delito o cuando se ejecuta a raíz de un pedido formulado del fiscal al juez; y, en el caso de la segunda, es cuando el imputado es detenido a raíz de lo dispuesto por el juez de la investigación preparatoria, luego que lo dispone ante la formalización o su continuación, luego de la audiencia respectiva.

⁴⁵⁴ RTC Exp.Nº 03060 – 2010 – PHC/TC, publicada en la página web del Tribunal Constitucional.

VIII. 6.- DETENCIÓN ARBITRARIA.-

Privar de libertad de una persona vulnerando los principios constitucionales, procesal penales del debido proceso.

*Consiste en privar de libertad a una persona vulnerando los principios constitucionales y procesales penales del debido proceso y penal o cuando se procede a la detención de un ciudadano, sin deberse a razón de delito, sospecha del mismo u otra circunstancia expresamente prevista en los códigos procesales y legislación complementaria*⁴⁵⁵.

Ante tal definición, cabe preguntarse ¿Porqué una detención dictada por un juez en un proceso judicial, es arbitraria? La administración de justicia fracasa tanto en el supuesto de la omisión de vías, como de la ineficacia de las inexistentes. Pues, tanto en uno, como en el otro, el particular padece privación ilegítima de su libertad.

VIII. 6. 1.- ARBITRARIO.- Constituye un concepto más amplio, que incluye supuestos tanto de legalidad de la ilegalidad en la detención. En este orden de ideas, existen detenciones que pueden ser legales pero que devienen en arbitrarias, pues son ejecutadas según los procedimientos, requisitos y condiciones formalmente establecidas en el ordenamiento jurídico, pero contradicen el fin último de todo Estado: el reconocimiento y respeto de los derechos humanos.

Una ejecutoria suprema refiere: *“Que si bien la actora hizo uso de citado medio de defensa que le dispensa la ley penal de la materia, para cuestionar el mandato de detención, lo cierto es también que advertida la falta de motivación de la referida resolución en los términos en que ha sido expuesto en la citada resolución del órgano superior penal, y sin perjuicio de que se regularice el proceso penal conforme a lo dispuesto por el artículo 138 del Código Procesal Penal, este Tribunal considera que el impugnado mandato de detención, más allá de representar una anomalía procesal, significaba sin duda alguna a la flagrante lesión a un derecho procesal de jerarquía constitucional, por tal razón debió dejarse sin efecto la orden de detención inmotivada, por resultar arbitraria*”⁴⁵⁶.

Carlos Enrique Edwards, al referirse a la detención arbitraria señala lo siguiente: *Ello evidencia la imperiosa necesidad de no sólo consagrar el derecho a*

⁴⁵⁵ CABANELLAS, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, cit., T. III, p. 223.

⁴⁵⁶ En El Peruano, Lima, 3 de agosto de 2001, p. 4500.

la libertad física, sino también de establecer una garantía para el pleno ejercicio de dicha libertad; dentro del catálogo de las garantías constitucionales pocas se encuentran en la práctica más desprovistas de efectivas barreras para su protección como la que trata de la detención de las personas.

De lo que aquí se trata es de evitar que la libertad corporal de que goza toda persona humana sea restringida en forma arbitraria; es decir, es necesario proteger esa libertad física impidiendo cualquier detención arbitraria⁴⁵⁷.

En una sentencia se expresa: “(...) 1 disponga la libertad del beneficiario, por haber sido objeto de detención arbitraria por parte de las autoridades emplazadas. (...) 3. se corrobora que la detención se produjo al margen de los supuestos contemplados por la Constitución. Por un lado, no hubo comisión flagrante de delito, (...) 4. tampoco existió mandato judicial, (...) Que, a pesar de la circunstancia aducida por los accionados de que se comunicó a la Primera Fiscalía Provincial Penal del Santa y a la Primera Fiscalía Especializada en Delito de Tráfico Ilícito de Drogas, así como al Juzgado Penal de Turno, el mismo día de la detención, ello, no convalida de ninguna manera el proceder irregular de los emplazados, toda vez que no se verificó la existencia de mandato judicial. (...) 6. Que, a la fecha de expedición de la presente sentencia, no se tiene información alguna de que formalmente se haya iniciado proceso penal contra el beneficiario y que, dentro de éste se haya dictado el correspondiente mandato de detención, razón por la que subsiste la arbitrariedad de la medida, debiendo procederse a su liberación siempre y cuando no exista mandato judicial que disponga su detención. (...) en consecuencia dispone la inmediata libertad (...)”⁴⁵⁸.

Otra sentencia del Tribunal Constitucional: “El hecho de que el Ministerio Público haya participado en alguna forma en las investigaciones realizadas no convierte en legítimas las detenciones realizadas, pues ni dicha entidad ni sus representantes están facultados para convalidar actos de detención fuera de las hipótesis previstas en la norma fundamental (...) El hecho de que mediante la presente sentencia se asuma que la detención cuestionada ha sido arbitraria, y que por tanto la acción es fundada y la liberación del detenido procedente, no significa que el Tribunal Constitucional esté efectuando juicios de valoración respecto de la inocencia o culpabilidad que pueda tener la persona en cuyo favor se interpuso la

⁴⁵⁷ EDWARDS, Carlos Enrique, *Garantías Constitucionales en Materia Penal*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 47

⁴⁵⁸ Exp. N° 1318-2000-HC/TC. 19-1-2001, Ancash, (en Gustavo Gutierrez, *Los Procesos Constitucionales de la Libertad*), cit, p. 206.

*acción, pues ello será siempre atribución exclusiva y excluyente de las autoridades competentes. (...)*⁴⁵⁹.

Lo que sucede en nuestro país es que muchas veces los juzgados decretan la detención preventiva judicial basándose en una presunción de culpabilidad, razón por la que primero se detiene y luego recién comienza a investigar, para establecer si ha cometido el delito y si el denunciado es responsable - la misma que algunas veces dura años- violando las garantías previstas en la Constitución y Tratados Internacionales sobre derechos humanos, que señalan que toda persona debe ser juzgada dentro de un plazo razonable. Más aún, cuando algunos jueces penales no tienen en cuenta que para decretarla omiten lo que se encuentra previsto en la ley penal y procesal penal, convirtiéndose en arbitraria.

Tribunal Constitucional: *“30.30.Desde la consolidación del Estado de derecho surge el principio de la interdicción de la arbitrariedad, el mismo que tiene un doble significado, tal como ha sido dicho en anterior sentencia: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho, b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo con la realidad” (Exp N° 090 – 2004- AA/TC) (...)*⁴⁶⁰.

En las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, se precisa que la intervención del Ministerio Público en determinadas diligencias en la investigación preliminar en modo alguno puede convalidar una privación de libertad que ha sido ejecutada violando normas constitucionales y procesales que se encuentran claramente establecidas; y, más aún, cuando el NCPP – 2004, señala el trámite que se ha de seguir para confirmar la detención de una persona verificada por la policía sin autorización judicial, es decir, cuando no estaba en flagrante delito. Y lo que sucede en forma constante es que el policía dispone la detención después de haber citado al investigado.

⁴⁵⁹ Ejecutoria del Tribunal Constitucional, Exp. N° 1324 – 2000 – HC/TC del 19 de diciembre de 2001 (en *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 31, Año 7, Abril 2001, p. 111.

⁴⁶⁰ Exp. 6167 – 05 – HC/TC, 28 de febrero de 2006, publicado en la página web del Tribunal Constitucional.

VIII. 6. 1.- LIBERTAD DEL IMPUTADO. Artículo 273.

Al vencimiento del plazo, sin haberse dictado sentencia de primera instancia, el Juez de oficio o a solicitud de las partes decretará la inmediata libertad del imputado, sin perjuicio de dictar concurrentemente las medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales e incluso una caución.

Al vencimiento del plazo señalado en el artículo 272 del NCPP – 2004, sin haberse dictado sentencia en primera instancia, los plazos de detención o prisión preventiva son terminantes, imperativos e improrrogables, señalando que no ha de durar más de 9 o 18 meses, salvo el caso, de los referidos a procesos que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación y que el imputado pretenda eludir la acción de la justicia. Vencido el plazo el Juez de oficio o a solicitud del imputado o del Fiscal debe decretar la inmediata libertad del imputado, como vemos se trata de una norma imperativa, es decir no cabe ninguna medida dilatoria, porque la prisión preventiva se da por concluida y el detenido debe ser puesto en inmediata libertad, sin más trámite.

Sin embargo, en la actualidad se presenta una situación muy especial en contra del imputado, porque cuando se interpone un proceso constitucional de hábeas corpus al haberse vencido el plazo de detención preventiva y al constatar que esa persona no debe seguir privado de su libertad, el Juez dispone su inmediata libertad, pero decretando en muchas oportunidades la detención domiciliaria o sea que se sigue vulnerando su libertad locomotora, como un medio para asegurar su presencia en el juicio. Al entrar en vigencia este artículo por tratarse de una norma imperativa el imputado debe ser puesto en libertad, sin que se le dicte medida coercitiva adicional alguna, como sucede en la administración de justicia penal, donde no está vigente el NCPP – 2004, inclusive la prolongación de la privación de libertad de manera preventiva de acuerdo a sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional es hasta 72 meses, para posteriormente, establecer que el órgano jurisdiccional deberá prorrogarla, teniendo en consideración cada caso concreto de acuerdo a las dificultades que se presenten.

VIII. 6. 2.- PROLONGACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. Artículo 274

1.-Procede al concurrir circunstancias que dan lugar a una especial dificultad o prolongación de la investigación, precisando que el imputado pueda evadir a la acción de la justicia; dada esta situación, la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo no mayor al fijado en el numeral 2 del artículo 272. Para tal efecto, es necesario que el Fiscal lo solicite al Juez, antes de que venza el plazo señalado en el dispositivo antes referido; desde el momento en que posteriormente se indica que al cumplimiento del mismo se debe decretar su inmediata libertad, motivo por el cual no resulta coherente que lo solicite con posterioridad.

Al respecto el Dr. César San Martín⁴⁶¹, señala:

1. El 1 párrafo fija la regla general del plazo de detención preventiva. Un correcto entendimiento de este dispositivo permite reconocer que existen dos plazos: i) el común, que es un plazo para delitos comunes, dividido en función a delitos graves y menos graves; y, ii) el excepcional, que es otro plazo tanto para los delitos exceptuados, cuando por causas complejas. A su vencimiento sin que se haya expedido sentencia de primer grado debe producirse la excarcelación inmediata.

En el Proyecto del C.P.P. de 1995 en el artículo 148 se precisaba que la detención podía prolongarse por un plazo no mayor de seis meses, o se podía extender hasta 24 meses. En tanto que en el Proyecto del NCPP del 2004, en el inciso 1 artículo 274, señala: (...) *La prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo no mayor al de la mitad del plazo fijado en el artículo 272 (18 meses) o sea que este plazo se le ha de agregar la mitad, o sea que suman un total de 27 meses; y no 36 meses como sucede en la actualidad e inclusive se llega a extremo de que sobrepasen hasta 72 meses, violando todo lo concerniente a lo que se puede considerar como razonable. Mientras que, en el NCPP – 2004, se podrá prolongar el plazo de 18 meses hasta 36 meses como máximo, es decir, un procesado no puede*

⁴⁶¹ SAN MARTÍN CASTRO, José, *Plazos, Causas Complejas y Derecho Transitorio en el Proceso Penal*, en la Revista Actualidad Jurídica – Gaceta Jurídica, Tomo 105, agosto 2002, p, 20

ni debe estar detenido de manera peventiva, ni un día más del plazo antes indicado, debiendo ser puesto en libertad al vencimiento de dicho lapso.

2. El Juez de la Investigación Preparatoria para emitir su resolución correspondiente, tiene que hacerlo previa convocatoria de una audiencia dentro del tercer día de presentado el requerimiento por parte del Fiscal, en la que deben asistir además del solicitante a fin de que exponga las razones por las cuales pide esta prolongación de privación preventiva de libertad, el imputado y su defensor quienes fundamentarán, en todo caso, por la improcedencia, precisando los argumentos que considere pertinente, como es el caso de que la dilación del proceso es de responsabilidad del órgano jurisdiccional – como sucede en muchos casos –; y también se faculta al querellante adhesivo si estuviera constituido en autos para que asista a la misma. Una vez escuchados los asistentes y a la vista de los autos, decidirá en ese mismo acto o dentro de las setenta y dos horas siguientes, bajo responsabilidad. La resolución de prolongación que dicte el Juez tiene que estar debidamente fundamentada, exponiendo las razones por las cuales amplía dicho plazo.

3. La resolución que dicte el juzgado de la Investigación Preparatoria de acuerdo a la garantía constitucional de la instancia plural, respecto al requerimiento de prolongación de la prisión preventiva podrá ser objeto de recurso de apelación que debe interponerlo en el plazo de 3 días, máxime si se trata de que el imputado permanezca privado de su libertad por un lapso de tiempo más allá del señalado, cuando la demora en la tramitación del proceso penal se debe a causas que no son de su responsabilidad, debiendo ser elevado a la instancia superior en el plazo de 24 horas, que en nuestra realidad judicial ello no sucede. El hecho de precisar plazos perentorios para que lo actuado sea remitido a la instancia superior, lamentablemente, en nuestra realidad judicial no se cumplen, debido a múltiples circunstancias que muchas veces se aducen con o sin razón, como la falta de personal, logística o medios económicos a fin de dar cumplimiento a lo ordenado.

4. Cuando se dicta una sentencia condenatoria en primera instancia en contra del imputado, la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, siempre que ésta hubiera sido recurrida. Lo que significa que ante esta situación procesal deberá ser puesto en inmediata libertad, tal como también se encuentra previsto en el artículo 137 del CPP 1991. Es el caso, que esta norma es imperativa, pero aún así, algunos integrantes del órgano jurisdiccional no dan estricto cumplimiento a esta norma procesal, motivo por el cual se tiene que recurrir a que la libertad del procesado lo haga efectivo la instancia superior o vía un proceso constitucional de hábeas corpus, al comprobar de que se encuentra detenido injustamente.

Este nuevo cuerpo de leyes elaborado por especialistas en materia procesal penal se sustenta en la doctrina nacional y extranjera, así como en las garantías constitucionales de presunción de inocencia, debido proceso, defensa, doble instancia y motivación, fija las pautas necesarias para disponer la prolongación de la prisión, es decir, en el caso concreto de la duplica de la privación de libertad a 36 meses no es automática como se viene sosteniendo por parte del Tribunal Constitucional y el órgano jurisdiccional, porque atenta contra los derechos fundamentales antes mencionados, razón por lo que no es procedente su aplicación en la forma como se resuelve en la actualidad, donde no está vigente el NCPP – 2004.

La prolongación de la medida coercitiva de la detención preventiva, el pedido que formula el Fiscal debe estar debidamente sustentado en cuanto a la procedencia del pedido de que el imputado continúe privado de su libertad, máxime cuando se ha verificado un tiempo más que necesario donde se ha desarrollado una actividad probatoria en la etapa de la investigación preliminar y preparatoria o en la instrucción, es decir, un espacio donde han debido llevar a cabo la actuación de pruebas, que es competencia exclusiva del Fiscal, y, si no ha existido la diligencia necesaria para el correspondiente esclarecimiento de los hechos que motivan el proceso, no debe prolongarse dicho plazo, máxime si se trata de una medida provisional.

VIII. 6. 3.- CÓMPUTO DE PLAZO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Artículo 275.

No se computará el plazo de la prisión preventiva, cuando el proceso ha ya sufrido dilaciones maliciosas atribuibles al imputado o a su defensa, es decir, que hayan utilizado una serie de medios que en muchas oportunidades, a pesar de que la norma procesal lo faculta, no es pertinente o procedente para lo que expresamente se señala, con la única finalidad de que el proceso se prolongue en el tiempo, muchas veces con el evidente propósito de conseguir el objetivo que se persigue, esto es, que vencido el plazo sin que se dicte sentencia en primera instancia se decrete su inmediata libertad.

Lo cuestionable, es el hecho de al ser declarada la nulidad de todo lo actuado; y luego que se disponga que el órgano jurisdiccional dicte una nueva resolución disponiendo la prisión preventiva, se precise que no se debe considerar el tiempo transcurrido hasta la fecha de la emisión de la nueva resolución, es decir, todo el lapso de tiempo que demoró la instancia judicial o fiscal para llevar a cabo la actuación de una serie de medios probatorios no son tomados en cuenta para el cómputo del plazo razonable, máxime si la nulidad no es imputable al imputado, sino a los encargados de administrar justicia, lo que significa que ante la dilación, morosidad o negligencia en su actuación por parte de otros sujetos procesales, quienes tienen la responsabilidad de controlar el cumplimiento de lo establecido en las normas procesales no lo hagan, no puede ser motivo para que el imputado sufra las consecuencias antes referidas.

Igualmente, en los casos en que se declare la nulidad de procesos seguidos ante la jurisdicción militar y se ordene el conocimiento de los hechos punibles imputados a la jurisdicción penal ordinaria, el plazo se computará desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de prisión preventiva. En estos casos, la responsabilidad no es del imputado, sino de quienes de una u otra forma han permitido que la investigación la lleve a cabo un fuero distinto al común, cuando la competencia no es incumbencia del imputado, sino de quienes administran justicia.

VIII. 6. 4.- ¿LEGISLATIVAMENTE O MEDIANTE SENTENCIA SE PUEDE IMPONER DE MANERA AUTOMÁTICA DETENCIONES PREVENTIVAS?

Es el caso, que para disponer la privación de libertad de un imputado debe verificarse cuando fuere indispensable, por ser una medida excepcional, proporcional y subsidiaria; sin embargo, hemos podido comprobar que se han dictado leyes, en las que se ordenaba que el Juez decretara detención preventiva, vulnerando la presunción de inocencia, las normas constitucionales y procesales que protegen los derechos fundamentales como la libertad personal. Es inadmisibles que se dicten leyes en las que se disponga de manera expresa que al dar inicio al proceso penal se prive de libertad al imputado, tales como:

a). El artículo 1 del Decreto Legislativo N° 126, modificó el artículo 79 del C. de P. P.: *“El Instructor puede dictar orden de comparecencia o detención provisional contra el que presume culpable, con el objeto de que el inculcado preste su declaración instructiva” (...)*

La orden de detención provisional procederá en todos los demás casos y podrá cumplirse en la dependencia policial o en un Centro especialmente destinado a ese objetivo”.

b). De acuerdo al artículo 1 de la Ley 24388 que modificó el artículo 79 del C. de P. P. (...) *Se dictará mandato de detención tan sólo en los siguientes delitos, siempre que sean intencionales y que se sustenten en suficientes elementos probatorios.*

1. - Código Penal.

1. Homicidio: artículos 150, 151, 152, 153, 154.

(...) 24. Falsificación de Monedas, Sellos, Timbres y Marcas Oficiales: Artículos 369, 371, 375, 378 y 379.

2.- Leyes especiales.

1. Delitos Tributarios, comprendidos en el Código Tributario (Ley N° 16043) y delitos económicos (Decreto Legislativo N° 123), *cuando el monto exceda de 150 sueldos mínimos vitales mensuales de la Provincia de Lima. (...)*

5.- Abandono de Familia, *cuando el denunciado se sustrajera dolosamente al pago de las obligaciones alimentarias.*

Asimismo, se dictará mandato de detención, cuando el inculpado es reincidente o el delito se acometido en concierto o en banda. Esta detención es definitiva (...).

c) El inciso a) del artículo 13 del Decreto Legislativo 25475, al señalar: *“Formalizada la denuncia por el Ministerio Público, los detenidos serán puestos a disposición del Juez Penal, quien dictará el Auto Apertorio de Instrucción con orden de detención en el plazo de veinticuatro horas, (...). Durante la instrucción no procede, sin excepción alguna, ningún tipo de libertad.”*

d).- Mediante la Ley 26248 promulgada el 25 de noviembre de 1993, se modificó el inciso a) del artículo 13 del Decreto Ley 25475, solamente en la parte final del artículo 3, en lo siguiente: (...) *Durante la Instrucción no procede ningún tipo de libertad, con excepción de la libertad incondicional.*

e) El Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 010 – 2002 – AI/TC, al dictar la sentencia correspondiente, dispuso que se anule todo actuado en el fuero militar, incluyendo las sentencias a procesados por terrorismo, disponiendo que ningún procesado debería ser puesto en libertad, cuando el juez del fuero común dicte el nuevo auto apertorio de instrucción tenía que decretar mandato de detención.

Esta sentencia es inconstitucional, al violar la independencia del órgano jurisdiccional, porque al dictar el auto apertorio de instrucción de acuerdo a nuestro ordenamiento procesal tiene que evaluar, en principio si abre instrucción y luego verificar la procedencia del mandato de detención, siempre y cuando concurren los presupuestos que señala la norma procesal al respecto. De tal manera, que es inadmisibles que el intérprete de la Constitución haya resuelto en la forma como lo hizo, pues el fundamento para declarar la nulidad de lo actuado, ha sido justamente, por haberse verificado por un ente no autorizado para juzgar y por una serie de actos irregulares en el curso del proceso, motivo por el cual dada las circunstancias de cada proceso en modo alguno procedía que en forma taxativa se disponga la detención del imputado, sobre todo por el tiempo transcurrido que estuvo detenido, en muchos casos siendo inocente, o cuando ya no existe el peligro procesal de fuga por la edad o enfermedad o perturbación de la actividad probatoria, debido a que las supuestas pruebas de cargo ya se actuaron.

VIII. 6. 5.- IMPUGNACIONES CONTRA LA DETENCIÓN PREVENTIVA JUDICIAL.

Saavedra Rojas, señala que la detención preventiva, se convierte en un poder real del Estado de reprimir bajo la justificante del ius puniendi, de cuyo ejercicio, resultan múltiples posibilidades de desconocer el orden jurídico si las garantías constitucionales y legalmente previstas no son lo bastante vigorosas y si no son utilizadas liberal y democráticamente con la frecuencia que ello sea necesario, para proteger los derechos fundamentales de quienes se encuentran privados de la libertad por cuenta del Estado:

“Se ha sostenido con razón que los instrumentos y métodos con los que el Estado priva de la libertad y trata a los detenidos preventivamente constituye un elemento de juicio muy significativo para juzgar el cumplimiento histórico de su propia definición y la efectividad de sus finalidades políticas determinadas en la Carta. (...) De ahí, el porque del espectro de las violaciones de los derechos humanos, particularmente en lo relacionado con la detención preventiva, sean fundamentalmente de carácter estatal, porque, en definitiva, son las autoridades quienes en último caso la ordenan legal o ilegalmente, la aprueban, toleran o ejecutan de conformidad con la ley o de manera arbitraria.

Inerme frente a la omnipotencia del Estado, quien sólo de manera muy limitada puede proteger sus derechos ante su arbitrariedad y la de sus funcionarios; porque no se puede defender efectivamente ni contra la tortura o la incomunicación, ni contra los tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni contra cualquier otro tipo de agresiones o arbitrariedades físicas o psicológicas, y en ocasiones, ni siquiera contra la manipulación del proceso, precisamente por el aislamiento en que se encuentra y por la imposibilidad de locomoción⁴⁶².

El autor se desempeñó como Vocal de la Corte Suprema de Colombia, precisando: la libertad personal como bien jurídico esencial a la democracia y la ineficacia de la detención preventiva en la función de asegurar una eficaz investigación. Sin embargo, tanto en nuestro país, como en otros, el pedido de detención en la mayoría de los casos se resuelve de manera automática o valiéndose de prejuicios, debido a la difusión que pudiera haber

⁴⁶² SAVEDRA ROJAS, Edgar, *La Detención Preventiva y su Crisis*, artículo publicado en la *Revista Derecho & Sociedad*, año 5, N° 8-9, 1994, Editada por los Estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Impresión Juan Alberto Alpiste B., p, 127.

tenido el caso o porque la autoridad jurisdiccional está supeditado “al que dirán los medios de comunicación o la opinión pública”, lamentablemente, este tipo de presión sucede en nuestra realidad judicial, porque algunos jueces no consideran para que proceda dictarla, deben tener en cuenta las evidencias que existen contra el procesado en cada caso concreto, como señala el ordenamiento procesal en forma clara, precisa y terminante.

Hacemos referencia a lo expuesto por el indicado autor, por existir cierta similitud con lo que sucede en el Perú, cuando se priva de libertad a una persona que suele durar en algunas oportunidades varios años, sin considerar los principios de legalidad, tanto penal, como procesal penal, debiendo realizar un juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y los intereses de lo que trata de proteger. El Estado tiene que perseguir eficazmente el delito y el deber de asegurar el ámbito concerniente a la libertad de toda persona, por lo que se debe respetar las reglas constitucionales que existen sobre la protección a ella.

El régimen jurídico, que legitima la detención preventiva se encuentra constituido por garantías constitucionales establecidas, a fin de que la autoridad judicial al decretarla contra un procesado no debe estar fundamentada en meras sospechas, porque ellas sirven para iniciar una acción penal, mas no para decretar una detención, esto es, no debe primar el principio de presunción o apariencia, elaborando la ficción de culpabilidad, porque este criterio no otorga seguridad jurídica, ni legitimidad a la aplicación de dicha medida coercitiva, no es procedente.

Pero lamentablemente, tenemos que: **primero se ordena la detención para recién comenzar a investigar a fin de establecer si se ha cometido el delito o si el denunciado es responsable penalmente del hecho punible imputado**, la misma que a veces dura años, violando las garantías previstas en la Constitución Política del Estado y Tratados Internacionales sobre derechos humanos, lo que corrobora que las detenciones no cumplen con las exigencias probatorias requeridas legalmente, que sirva como justificante para privar de libertad a un procesado, por el largo período que

transcurre entre la detención y la sentencia. **En síntesis se detiene para investigar, y no se investiga para detener.**

En una sentencia del Tribunal Constitucional, se precisa que el mandato de detención debe ser ordenado por autoridad competente: “(...) 5 Que, si la Sala Especializada para el juzgamiento de Delitos de Terrorismo no podía disponer otra cosa que la excarcelación, empero, al mismo tiempo que se encontraba con la certeza que las personas que absolvía por terrorismo eran responsables de un delito común (...) debió remitir los autos o copia certificada de los mismos (en los cuales los beneficiarios del hábeas corpus reconocen su culpabilidad por delito contra el patrimonio) a la Sala Penal de Turno o más directamente al Juzgado Penal de turno en lugar de disponer su detención (facultad para la cual, ya se ha dicho, no tenía competencia) (...) declaran fundada (...) y en consecuencia, sin efecto su Resolución (...) en la parte que ordena detención (...)”⁴⁶³.

Puede afirmarse, en base a los fundamentos políticos de nuestra Constitución y el respaldo de las normas internacionales que protegen los derechos humanos que la pérdida de la libertad en virtud de la prisión preventiva sólo tiene justificación en la medida que los intereses y derechos de más alto rango del Estado, de la sociedad y del individuo lo hagan necesario; es decir, se debe decretar en los casos de que no se cuenta con otras medidas efectivas para proteger intereses de mayor trascendencia.

Por ello es imperativo seguir buscando el punto de equilibrio entre el derecho de la sociedad a proteger sus bienes jurídicos que son vulnerados ante la comisión de un hecho delictivo y el derecho que le asiste al autor de un delito, a quien se tiene que privar transitoriamente de su libertad mediante la figura de la detención o prisión preventiva judicial, que debe estar legalmente prevista, así como el derecho de contradicción y defensa, con el seguimiento estricto de las formas propias del juicio y de la legalidad de la obtención de la prueba. Se presenta una evidente violación al debido proceso cuando la autoridad judicial obliga al procesado a permanecer detenido ad infinitum bajo el pretexto de un equivocado concepto de la tramitación procesal.

⁴⁶³ Sentencia dictada por Tribunal Constitucional, Exp. N° 678 – 99 – HC/TC, en Normas Legales, Tomo 285, febrero 2000, p, A – 31

VIII. 6. 6.- LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD JUDICIAL COMO PROBLEMA.

La Constitución Política del Estado, señala: *Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad*. Frente a esta garantía constitucional no resulta congruente que un inocente pueda ser encarcelado, pero se justifica como una medida necesaria para asegurar alcanzar la verdad material como fin de un proceso y el aseguramiento de la Ley penal, que no se podría cumplir si el imputado queda en libertad puede alterar las pruebas o fugar de lugar o impedir el cumplimiento de la sentencia, cuando es una posibilidad de lo que en el futuro puede suceder. El criterio básico en la privación de libertad de un procesado es su legitimidad, la misma que tiene que ser dispuesta por la autoridad competente, además que dependa de la realidad jurídica y judicial, de las características del hecho punible que se pueda deducir racionalmente la existencia del mismo y la vinculación del autor, además, de que no exista otra medida menos onerosa que cumpla los mismos objetivos.

Gialdino, menciona lo siguiente: “3.1. (...) *Es revelador lo expresado por el Gobierno de Ecuador en cuanto a que, en ese país, el incumplimiento generalizado de los plazos legales sobre prisión preventiva “ha provocado que la misma se convierta en regla y no en excepción, como exige el Pacto” (Internacional de Derechos Civiles y Políticos). (...) A ello se suma la crisis por la que atraviesa la administración de justicia, no debida solamente a factores económicos, sino también “a la corrupción casi generalizada de los jueces y empleados de la magistratura, que incide en la lentitud de las investigaciones y en incumplimientos de los mentados plazos” (...). La Argentina no se encuentra ausente en el ámbito mencionado por la Comisión Interamericana: “la aplicación excesiva de este mecanismo procesal combinado con la demora del sistema judicial de dicho país, condujeron a que más del 50% de la población carcelaria se encuentre privada de su libertad sin condena” (...). Las Naciones Unidas, a su turno también advierten el fenómeno de que durante la detención, las personas corren el peligro de resultar maltratadas con la intención de conseguir que se acusen así mismas”* ⁴⁶⁴.

⁴⁶⁴ GIALDINO, Rolando F., cit, p, 6.

VIII. 6. 7.- DETENCIÓN O PRISIÓN JUDICIAL PREVENTIVA EN LA JURISPRUDENCIA.

Tribunal Constitucional peruano: *“alcances constitucionales de la libertad personal. (...) 3. El primer derecho comprometido con el mantenimiento del mandato de detención contra el actor es la libertad personal. (...) En tanto que derecho subjetivo, garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, la libertad locomotora.*

4. En sede judicial, el derecho a la libertad física y a que ésta no sea restringida en forma arbitraria, alcanza no sólo a las denominadas «detenciones judiciales preventivas», sino, incluso, a las condenas emanadas de sentencias. (...)

*5. (...) aparte de ser regulados, pueden ser restringidos o limitados mediante ley. Los límites pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen directamente de la propia naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, los límites extrínsecos, son aquellos que se deducen de la inserción de los derechos en el ordenamiento jurídico (...)*⁴⁶⁵.

Otra sentencia: *“(...) que la imposición de esta severa medida cautelar no se condice con las antedichas circunstancias procesales favorables que se desprenden de su situación jurídico penal, y a mayor argumento, con el derecho constitucional de presunción de inocencia que le asiste como procesado y que determina que el grado de exigencia cautelar siempre debe ser el menos gravoso y aflictivo, (...)*⁴⁶⁶.

Otra sentencia: *“Una interpretación coherente de la Constitución Política del Estado de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales, permite afirmar que la detención Judicial en tanto importa la limitación más intensa del derecho fundamental a la libertad personal, sólo debe aplicarse excepcionalmente y bajo determinadas circunstancias legalmente configurativas*⁴⁶⁷.

Otra sentencia: *“(...) 6. Estas normas se derivan del Derecho Internacional de los derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional. 7. El Perú ha recogido esta obligación jurídica al disponer, de conformidad con la Cuarta Disposición Final de la Constitución, que las normas*

⁴⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 791 – 2002 – HC/TC (en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 51, diciembre, Lima, 2002, p. 267).

⁴⁶⁶ Expediente N° 612 – 2000 – HC/TC, Amazonas (en *El Peruano*, Lima, 16 de enero de 2001, p. 3891).

⁴⁶⁷ Expediente N° 033 – 2000 – HC/TC, de 13 de abril de 2000 (En *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 35, año 7, agosto 2001), p. 250.

*relativas a los derechos y libertades, que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú(...)*⁴⁶⁸.

Ejecutoria Suprema: “(...) de los primeros recaudos aportados (...), se aprecia que no existen suficientes elementos probatorios que vinculen a las denunciadas con la comisión del hecho doloso perpetrado en contra de la agraviada, subsistiendo solamente la sindicación de dicha agraviada; en consecuencia, siendo esta medida cautelar personal de presupuestos concurrentes para su aplicación, corresponde aplicar la medida de comparecencia, siempre en atención a los principios de protección al derecho fundamental de la persona que es su libertad”⁴⁶⁹.

Esta postura tiene sustento en la Constitución, normas internacionales y en las normas procesales de derecho interno, reconocidos en forma expresa por diversas sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional peruano, español y la Corte Suprema, sosteniendo que los derechos fundamentales no son realidades que puedan expandirse de manera ilimitada, porque sus contenidos nacen limitados y ajustados unos a otros, para favorecer el pleno desarrollo de la persona humana, ya sea individual o socialmente considerada. Este derecho será restringido solamente cuando exista una justificación razonable basada en la necesidad y en la urgencia de salvar otros derechos o bienes jurídicos que también tienen una protección constitucional.

La invasión del derecho a la libertad sólo puede operar cuando se trata de proteger intereses públicos con tal relevancia que permita justificar su restricción, porque una medida que la limite debe cumplir con lo señalado en la ley procesal y la Constitución Política, solamente será recortado en casos que sea urgente, necesario, razonable y proporcional; es decir, debe obligar al juez a comparar con otras medidas de menor intensidad y ponderarlo entre los bienes jurídicos e intereses con los fines tutelares en cada caso concreto.

⁴⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 2798 – 04 – HC/TC, 9 de diciembre de 2004, (en *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 77, febrero 2005), p, 197.

⁴⁶⁹ Insuficiencia Probatoria. Expediente: 7424 – 97 – A. Procesada: Ana Alcántara Alejos. Agraviada: María Luisa Rivas la Riva, Fecha: 16/03/98.

Alejandro D. Carrió, refiriéndose a declaraciones de testigos anónimos, que en nuestro país tienen aceptación para determinados delitos, a fin de privarlos de su libertad, señala: *“En ese caso se había logrado la detención del imputado luego de una operación de venta de heroína a favor de este último, (...) Durante el juicio la fiscalía no llamó a declarar al informante en cuestión, sino a los policías quienes manifestaron haber escuchado el desarrollo de la transacción, identificando al imputado como la persona que participó de la misma. Ante las repreguntas de la defensa acerca de la identidad del informante del Estado se opuso a su relevación, invocando que se trataba de un secreto que no había obligación de suministrar. El imputado fue finalmente condenado.*

Lo discutido allí fue, en cambio lo siguiente. Si habiendo la fiscalía presentado como prueba el testimonio de un policía quien escuchó un determinado diálogo entre dos personas, y conociendo el Estado la identidad de una de ellas por tratarse de un informante, puede el Estado negarse a suministrar la identidad de dicha persona ante una pregunta puntual de la defensa.

En el primero, (...) e), en cuanto, según vimos, concede a toda persona acusada de un delito el derecho, en plena igualdad, de “...interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (...)”

El caso “ROVARIO V. UNITED STATES de la Corte Suprema de los Estados Unidos (1957) (...) revocó la condena recaída, señalando que la facultad estatal de mantener en secreto a sus informantes debía ceder en casos como el presente (...) en tales casos, concluyó, puede requerirse la revelación de la identidad del informante, y si el Estado se opone, corresponde desechar el caso.

En el ámbito del juicio (...) considero imposible que un testimonio anónimo pueda sustentar un veredicto de condena. El derecho constitucional de defensa queda reducida a muy poco si se permite que una persona sea condenada sobre la base de dichos de no se sabe quien”⁴⁷⁰.

El autor, apela a precedentes dictados por la Suprema Corte de los Estados Unidos, así como los Tribunales franceses; y señala posibles caminos de desarrollo jurisprudencial de acuerdo a la Constitución Argentina, para dar a los habitantes de su país una efectiva protección frente a los riesgos inherentes a todo monopolio de la fuerza, así sea del Estado. Porque los actos son cometidos por hombres de carne y hueso, sujetos a las

⁴⁷⁰ CARRIÓ, Alejandro D., *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, Editorial Hammurabi SRL, 4ta edición, Argentina, 2002, p, 129.

deficiencias y limitaciones típicas de la condición humana, sobre todo, en lo relativo a las intervenciones policiales en la vía pública, requisas y detenciones, existiendo en tales casos una clara limitación a la libertad personal que tienen protección constitucional por constituir un derecho fundamental, que le impone límites a las autoridades judiciales y policiales.

Expresa que el esquema procesal argentino durante la instrucción del sumario que tiene muchas analogías con el francés; y, en el procedimiento norteamericano es diferente, al señalar: es sabido que los constituyentes se inspiraron en buena medida en la Constitución de esa nación. En nuestro país observamos que en algunos casos para decretar detenciones y sentencias condenatorias a un procesado se recurre a este tipo de “colaboradores y testigos” anónimos; sin embargo, como sostiene dicho autor, si el Estado se vale de testigos anónimos para imputar responsabilidades, con mayor razón, está obligado a proporcionar su identidad a fin de que pueda ser interrogado por los sujetos procesales, sobre todo, en los casos en que se formulan graves cargos contra los imputados, motivo por el cual, en la actualidad se viene superando esta situación, con las nuevas sentencias dictadas por el órgano jurisdiccional, en las que no toman en cuenta para su valoración, este tipo de declaraciones.

Estamos ante una típica fuente prueba ilícita, por la forma como ha sido obtenida y que durante el desarrollo del proceso, este medio probatorio no ha podido actuarse, debido a que las autoridades fiscales o judiciales se niegan a dar a conocer su identidad y lo que es más grave, no puedan ser objeto de interrogatorio por los sujetos procesales, sobre todo contra quien pesa una imputación formulada justamente por un testigo anónimo o colaborador eficaz, a fin de que aclare los cargos que le hace al imputado, porque a la postre se llega a descubrir que este sujeto tiene una animadversión en contra del procesado, motivo por el cual la información que proporciona, muchas veces no es congruente ni coherente, por tratarse de hechos falsos, lo que motiva que se contradiga.

VIII. 6. 8.- PROCESOS DE NATURALEZA COMPLEJA.

El artículo 202 del C. de P. P., modificado por la Ley 27553 hace referencia en forma expresa en su segunda parte al caso de procesos complejos, precisando las circunstancias por las cuales son considerados, como tales. Mientras que, el artículo 137 del C. P. P. de 1991, modificado por la Ley 28105, hace mención de los casos en los que se prolonga la detención por la naturaleza de los delitos, número de imputados o agravados o el Estado o cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o de una especial prolongación y que el imputado pueda sustraerse a la investigación judicial, es decir, no existe una mención expresa sobre complejidad, como en el caso de ampliar el plazo de instrucción.

Es el derecho de hallarse presente en el proceso” según la sentencia dictada en el “caso Genie Lacayo vs. Guatemala”, el núcleo de lo que debe entenderse por “complejidad de una causa” se focaliza en la extensión de las investigaciones y en la amplitud de las pruebas que es menester obtener y practicar. La complejidad de un caso puede justificar la prisión preventiva, cuando se trata de un caso que requiere de interrogatorios o la actuación de medios probatorios difíciles de llevar a cabo, y además porque el procesado ha impedido, demorado, o conspirado con otros que están siendo investigados en el curso normal del proceso penal. No es legítimo invocar la “necesidades de la investigación” de manera genérica y abstracta para justificar la prisión preventiva, al contituir un peligro concreto de que la investigación judicial no será exitosa por la liberación del imputado.

Se debe enfatizar igualmente el impacto psicológico y emocional al que son sometidos los imputados mientras dura ésta privación de libertad. Dentro de este contexto, será posible apreciar la gravedad que reviste la prisión preventiva, y la importancia de rodearla de las máximas garantías jurídicas para prevenir cualquier abuso, bajo el pretexto que el proceso se puede prolongar sin precisar o indicar las razones que justifiquen tomar esta medida como sucede en algunas oportunidades.

VIII. 6. 8. 1.- DIFERENCIA ENTRE AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE LA INSTRUCCIÓN Y PROLONGACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA, RESPECTO A LA COMPLEJIDAD.

1.- Ampliación de la instrucción.

El artículo 202 del C de P. P., modificado por la Ley 27553 de 13 de noviembre de 2001, señala:

- a. Plazo de instrucción es de 4 meses.
- b. Excepcionalmente, el fiscal o si lo considera necesario el juez a efecto de actuarse pruebas sustanciales puede ampliarse hasta un máximo de 60 días adicionales.
- c. El juez de oficio mediante auto motivado podrá ampliar el plazo adicional por 8 meses adicionales **improrrogables** bajo su responsabilidad y la de los magistrados Superiores en lo siguientes casos:
 - 1- Procesos complejos por la materia
 - 2 - Por la cantidad de medio de prueba por actuar o recabar.
 - 3 - Por el concurso de hechos
 - 4- Por pluralidad de procesados o agraviados
 - 5 - Por tratarse de bandas u organizaciones vinculadas al crimen
 - 6 - Por la necesidad de pericias documentales exhaustivas debido a la revisión de documentos
 - 7- Por gestiones de carácter procesal a tramitarse fuera del país
 - 8 - O en los que sea necesario revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado.

Un proceso penal se inicia con el auto apertorio de instrucción o auto de investigación preparatoria y concluye con una resolución o sentencia que le de fin; y, de acuerdo al C. de P. P. el plazo máximo de instrucción o investigación judicial es de 14 meses antes de que se lleve a cabo el juzgamiento y sentencia, fijándose como plazo para que el fiscal emita su dictamen y el juez su informe final 20 días naturales que dispone la ampliación del plazo de instrucción, la misma que puede ser objeto de un recurso de apelación.

VIII. 6. 8. 2.- PLAZO DE DETENCIÓN PREVENTIVA JUDICIAL.

Y en lo referente a la detención o prisión preventiva judicial de acuerdo a normas procesales vigente, el plazo máximo es de 36 meses, es decir, 22 meses más, que el señalado para la primera etapa del proceso penal.

En una sentencia el Tribunal Constitucional, precisa claramente la diferencia entre el plazo razonable de la detención preventiva y la razonabilidad del plazo del proceso: “(...) 7. *Es necesario precisar que el derecho a la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva es distinto – tanto en su contenido como en sus presupuestos – del derecho a la razonabilidad del plazo del proceso en su totalidad, “(...), por el sencillo motivo de que mientras el primero de los casos se trata es de garantizar un tiempo limitado de detención, en el segundo se busca garantizar el límite temporal entre el inicio y el fin del proceso. (...)”* ⁴⁷¹.

César San Martín, al referirse a la ampliación del plazo de instrucción, señala: *“La norma se inicia con un supuesto amplio y sin concreción: proceso complejo por la materia, lo que obliga a pensar que se trata de un objeto procesal que exige varios y complicados actos de investigación, así como de difícil obtención (supuesto no vinculado, por cierto, a la pluralidad de delitos o víctimas, dado que existen dos pautas definidas). Otros supuestos genéricos similares son los referidos, primero, al concurso de hechos: ¿cuántos?; y, segundo, a la pluralidad de procesos y agraviados: ¿cuántos? (...)”*

En todo caso, la norma deja al Juez un gran poder de definición de los supuestos de prórroga y análisis particular del caso en función a determinar si el tiempo que se requiere para agotar actos de investigación- sobre la gaseosa noción de “complejidad”- es no suficiente para su extensión hasta un límite de ocho meses.

3. Cabe señalar, eso sí, una pauta hermenéutica definida. El plazo de la instrucción debe ser objeto de un solo auto motivado y en esa única ocasión posible el juez debe definir el plazo respectivo. No es posible dictar varios autos de prórroga bajo la argumentación formal de que sumados éstos no superan los ocho meses” ⁴⁷².

Es el caso, que el plazo máximo de instrucción es de 14 meses en los casos de los procesos complejos de acuerdo a las circunstancias antes

⁴⁷¹ Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, Exp. N° 2915 – 2004, cit, p, 198.

⁴⁷² SAN MARTÍN CASTRO, César, cit, p, 19.

referidas; sin embargo no resulta lógico, ni mucho menos compatible que para el mismo tipo de proceso en los lugares donde no se encuentra vigente el NCPP – 2004, se faculte al Juez a disponer que el plazo de detención se prolongue hasta 36 meses o más allá de este lapso de tiempo, como viene sucediendo, vulnerándose derechos fundamentales al utilizar mecanismos jurídicos- muchas veces- para privar de libertad a un imputado en forma arbitraria.

Lo contradictorio se encuentra en lo siguiente: El plazo de instrucción se vence a los 14 meses y es improrrogable; sin embargo, a pesar de que ya se encuentra vencido dicho plazo, ¿cómo se puede justificar la detención o privación de libertad de un procesado, cuando la instrucción ya está concluida y no se puede prorrogar?

Cristina Riva Trepát: *“(...) En este sentido, parece claro que tratándose de una garantía ordenada al proceso, y siendo este el cauce formal a través del cual se realiza la Justicia, considerada valor supremo, la eventual “razonabilidad” de un plazo sólo podrá determinarse ponderando los dos elementos básicos de que se compone dicho valor, como son la verdad y la seguridad jurídica.(...), un plazo será razonable cuando comprenda un lapso temporal suficiente para el ejercicio de las facultades jurídicas necesarias para apoyar las pretensiones deducidas en el proceso, y, a la vez, determine el límite que permita obtener una respuesta fundada en derecho consumiendo el menor tiempo posible”⁴⁷³.*

Para tal efecto, es pertinente analizar lo expresado por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso Wemhoff:

“En estas circunstancias, la Corte no podía concluir que se había verificado una violación de las obligaciones impuestas por el artículo 5.3, salvo que la duración de la detención provisional de Wemhoff...se hubiera debido a (a) la lentitud de la investigación... (b) el espacio de tiempo que transcurrió entre la clausura de la investigación y la acusación... o desde dicho momento hasta la apertura del juicio...o finalmente (c) a la duración del juicio. No puede dudarse que, aún cuando una persona acusada ha permanecido detenida razonablemente durante estos diversos períodos por motivos de interés público, puede registrarse una violación del artículo 5.3 si, por cualquier causa, el procedimiento continua por un periodo considerable de tiempo.

⁴⁷³ RIVA TREPAT, Cristina, cit, p, 55.

Teniendo en cuenta lo establecido por los artículos 7.5 y 8.2 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que el acusado que se encuentra privado de su libertad tiene el derecho a que su caso reciba la debida prioridad y sea tramitado en forma expeditiva por las autoridades judiciales. Esto no debe constituir obstáculo alguno para que dichas autoridades, la acusación y la defensa cumplan con sus tareas de manera adecuada”.

De acuerdo a lo expuesto todo imputado que se encuentra privado de su libertad tiene derecho a que su situación jurídica se resuelva con prontitud, para lo cual se deben actuar los medios probatorios pertinentes para conseguir el objetivo procesal. El órgano jurisdiccional puede disponer la detención de una persona en cualquier etapa del proceso, lo que constituye el fundamento principal de su obligación de sustanciar los casos dentro de un plazo razonable de la investigación judicial o fiscal en primera instancia; y, no hacerlo significa que el Estado no facilita el reconocimiento, así como el respeto por la libertad y derechos de quien está sometido a un proceso penal, a fin de que tenga un mejor desenvolvimiento.

Para considerar razonable la privación de libertad, que debe existir proporcionalidad entre el medio y el fin que se pretende conseguir, para lo cual se debe examinar cada caso concreto, de acuerdo a un contexto propio y específico. Para evaluar la razonabilidad del plazo, el Estado argentino propone los siguientes criterios

- 1.- Efectiva duración de la detención
- 2.-Naturaleza de la infracciones que han dado lugar a los procesos; y
- 3.- Dificultades o problemas judiciales para la instrucción de las causas.

La posibilidad que el Estado tiene de aplicar medidas coercitivas, como la prisión preventiva, es una de las razones decisivas que justifica el trato prioritario que debe darse a los procedimientos que privan de libertad a los procesados, porque el concepto de tiempo razonable posibilita que un imputado sea liberado sin perjuicio de que continúe su proceso, para lo cual se le fijará las reglas que debe dar cumplimiento a fin de asegurar su presencia en el curso del juicio; el tiempo establecido para la detención preventiva tiene que ser necesariamente mucho menor que el destinado para todo el juicio.

VIII. 6. 9.- EJECUTORIAS SUPREMAS SOBRE DISTINCIÓN ENTRE AMPLIACIÓN DE INSTRUCCIÓN Y PROLONGACIÓN DEL MANDATO DE DETENCIÓN EN PROCESOS COMPLEJOS.

La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, al ser denegado una solicitud de libertad por exceso del mandato de detención preventiva sin haber sido objeto de una sentencia en primer grado, dispuso la inmediata libertad:

(...) **Cuarto.-** *nuestro sistema procesal penal ha establecido un plazo de duración de la detención en el artículo 137 del CPP, modificado por la Ley 28105, considerando dos tipos de plazos máximos de detención, en el primer párrafo, se refiere al plazo máximo en razón al tipo de procedimiento (...); en el segundo (...) en los delitos exceptuados y otros de naturaleza seguidos contra más de diez imputados (...) en cuyo caso, el plazo límite de detención se duplicará automáticamente. Quinto.-* *El artículo doscientos dos, segundo párrafo, del C. de P. P., establece las causales por las cuales el plazo de instrucción puede extenderse (...), declaró la causa penal como de naturaleza compleja por las causales descritas con las letras b) y f), decisión que fue confirmada por la Sala Penal Especial (...) Sexto.-* *Ahora bien, se concluye que no todas las causales de complejidad que alude el artículo 202 del C. de P. P., están previstas en el artículo 137 del CPP; por tanto, el hecho de que se extienda el plazo de instrucción por algunas causales de complejidad previstas en la norma antes citada no implica que se tenga que duplicar automáticamente el plazo de detención, (...) se trata de una presunción legal de complejidad, prima facie que, desde luego, podría quedar desvirtuado a la luz del caso concreto....”, como ha ocurrido en el caso sub exámine. Sétimo.-* *(...) no operando tal duplicidad de manera automática, sino como resultado de una valoración de circunstancias; por otro lado, el sólo hecho de que el Estado resulte agraviado con el delito no puede fundamentar por si solo la complejidad del proceso, sino que deben concurrir los otros presupuestos señalados en la norma procesal en comento. (...) Noveno, (...), concluyendo que “El Estado no debe ser privilegiado para considerarse una causa de naturaleza compleja”; Décimo.-* *(...), sobre todo, por estar en juego la libertad personal como derecho fundamental y sustento de un Estado, y justamente tratándose de derechos fundamentales de derecho la interpretación debe ser extensiva, favorable a los imputados; considerar al Estado como variable de condición de complejidad sustentadora de duplicación del plazo de detención, es irracional, la norma*

procesal en su estructura típica considera como causal de complejidad a) tener como mínimo once sujetos activos (...) que tienen como mínimo once agraviados particulares y b) tener como mínimo once sujetos activos (...) que tienen como agraviado al Estado. **Décimo Primero.-** (...) podemos concluir que la causal de complejidad declarada durante la instrucción es distinta que la causal de complejidad exigida para duplicar el plazo límite de detención; y el solo hecho de encontrarse el Estado como agraviado es insuficiente para subsumirlo como causal de duplica de la detención del recurrente debe ser analizada conforme a lo previsto en la primera parte del artículo ciento treinta y siete del Código Procesal Penal, y no dentro la segunda parte del citado párrafo. (...), la petición del recurrente es procedente, debiendo ordenarse su inmediata libertad (...)"

Hacemos mención del voto del Dr. Josué Pariona Pastrana:

(...) **el plazo en el proceso**, constituye un límite a la actividad procesal que realiza que el operador jurisdiccional, quiere decir, que la investigación judicial o instrucción no es indefinida y no habiendo alcanzado su objetivo debe concluir en virtud del principio de preclusión, admitiéndose excepcionalmente su ampliación conforme a las necesidades del proceso, siempre que se encuentre autorizado en la ley; vale decir, que mientras la detención preventiva, es un límite a un derecho fundamental que tiene toda persona humana; en el plazo del proceso, es un límite a la actuación de los órganos jurisdiccionales en el desarrollo de la actividad jurisdiccional, (...) **Sétimo.-** (...) la sola referencia al Estado en tanto sujeto pasivo no es suficiente para fundamentar legalmente la duplicación del plazo de detención preventiva, para ello es necesario que dicho criterio tenga relación además con la pluralidad de procesados y agraviados, solo en dicho contexto se puede invocar, que sea causa legal de duplicación del plazo (...) **Octavo.-** En los casos de duplica es menester que se emita una resolución motivada que indique el porque del mismo, tal como lo establece la complejidad cuando el Estado es agraviado, a efecto de que las partes tengan pleno conocimiento y puedan impugnar válidamente. **Noveno** (...) la petición del recurrente debe ser analizada conforme a lo previsto en la primera parte del primer párrafo del artículo 137 del CPP y no dentro de la segunda parte del citado párrafo, y habiendo vencido en exceso el plazo límite de la detención dentro de un plazo razonable, la petición del recurrente es procedente, (...)⁴⁷⁴.

⁴⁷⁴ Exp N°

Lo resuelto por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Suprema y el voto discordante, que se adhiere al voto mayoritario, tenemos lo siguiente:

La diferencia que existe entre la declaración de naturaleza compleja previsto en el artículo 202 del C. de P. P., modificado por la Ley 27553 para ampliar el plazo de instrucción; y para prolongar la detención preventiva de conformidad con lo prescrito en el artículo 137 del C. P. P. de 1991, modificado por la Ley N° 28105, en los casos expresamente señalados.

En el voto en mayoría se precisa los motivos para decretar la prolongación de la detención preventiva de acuerdo a lo señalado en el artículo 137 del C.P.P. de 1991, el primero se refiere en cuanto al procedimiento y el segundo respecto a la complejidad del proceso. Haciendo la precisión que no basta que el Estado sea considerado como agraviado en los casos de los delitos que el proceso es declarado de naturaleza compleja, sino que deben concurrir con más de 11 procesados o más de 11 agraviados, incluyendo al Estado, porque, en su calidad de sujeto procesal en forma individual, no puede ser motivo para duplicar el plazo de detención, al atentar contra el principio de igualdad procesal, mucho menos en forma automática.

En tanto, que en lo referente a la ampliación del plazo de instrucción de acuerdo al dispositivo procesal invocado es por a) la cantidad de pruebas por actuar; y, b) por las pericias documentadas y exhaustivas que se tienen que actuar. No todas las causales previstas en la ampliación del plazo de instrucción por su complejidad, se encuentran consignadas en la prolongación de la detención preventiva, motivo por el cual no implica que se pueda duplicar la detención preventiva; ni mucho menos que de antemano se considere como proceso complejo, pues de acuerdo a ejecutorias del Tribunal Constitucional debe ser analizado en cada caso concreto.

Tal como lo sostiene el Dr. Josué Pariona Pastrana al sustentar su voto singular y adhesión a la mayoría, para duplicar el plazo de detención necesariamente debe dictarse una resolución exponiendo las razones por las cuales se dicta la prolongación de tal medida, para que los sujetos procesales puedan interponer los recursos impugnatorios que les franquea la

ley procesal. A lo que agregamos, porque declararlo en forma automática como se viene verificando en la actualidad viola derechos fundamentales.

La Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, precisó que el plazo máximo de detención preventiva de un procesado no puede exceder 36 meses:

Cuarto.- (...) Si bien el propio Tribunal Constitucional en una posterior sentencia de fecha 27 de julio de 2006, expedida en el expediente siete mil seiscientos veinticuatro – dos mil cinco – HC/TC. “caso Hernán Ronald Buitrón Rodríguez” (...), sino resolviendo exclusivamente el caso sui generis materia de dicho fallo excepcional (referido a uno de los más de treinta acusados en el proceso del llamado “cártel de Tijuana”), en ese caso concreto procedía ampliar la detención provisional por encima de los treinta y seis meses atendiendo a la presencia de los siguientes factores: 1) la existencia de gran cantidad de imputados, ii) suma gravedad del delito imputado (...) iii) organización criminal de alcance internacional, iv) la dudosas condiciones de arraigo de los procesados (...), v) el hecho de haberse acumulado dos causas (...) además es menester anotar que ésta Sala Suprema ya se ha pronunciado por casos similares por la excarcelación por exceso de detención como es el caso de David Pezúa Vivanco (...) Camet Dickmann (...), en las cuales ha adoptado un criterio uniforme de que la detención no puede superar los treintiseis meses siendo ello así, no existe ningún supuesto legal ni causal válida para deparar un trato distinto al recurrente Victor Joy Way, pues hacerlo significaría no solo vulnerar el Principio del plazo máximo legal de detención y el criterio vinculante fijado por el Tribunal Constitucional, sino también el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. **Quinto.-** (...) sino que implica sustancialmente la tarea de establecer un límite de encarcelamiento preventivo (...) que en el presente caso concurren los tres presupuestos materiales necesarios para disponer la libertad procesal: a) Vencimiento del plazo legal de duración de la detención preventiva (...); b) Inexistencia de una sentencia de primera instancia; c) Conducta procesal regular y acorde al proceso por parte del encausado (...)⁴⁷⁵

⁴⁷⁵ Exp. N° 09 – 2003 – A.

De esta sentencia podemos deducir lo siguiente:

a). Que el plazo máximo de detención preventiva judicial es de 36 meses y toda ampliación tiene que examinarse en cada caso concreto.

b) Solamente puede ampliarse dicho plazo por encima de los 36 meses, en los casos de que se trata de un proceso complejo por la naturaleza del delito y son más de 11 procesados, lo cual no es aplicable de acuerdo al NCPP – 2004.

c) De no presentarse la situación de que se trata de un proceso complejo por la naturaleza del delito y por las circunstancias que se exponen en esta resolución, no procede ampliar el plazo por encima de los 36 meses como viene sucediendo en algunos casos.

De acuerdo a diversos autores que se han ocupado del tema, podemos llegar a la conclusión que el incumplimiento en juzgar a un procesado que se encuentra sufriendo detención preventiva judicial o prisión preventiva (NCPP – 2004), dentro del plazo razonable no es exclusivo en nuestro país, sino también en otros lugares, sin dictar sentencia en primera instancia e inclusive prolongándola indefinidamente, presentándose la siguiente situación:

a). El plazo de detención supera con creces el señalado como máximo para la instrucción o investigación judicial.

b). Contradicción entre la detención o prisión preventiva judicial y la presunción de inocencia que asiste a todo imputado.

c) La detención o prisión preventiva es decretada muchas veces por los jueces sin tener en cuenta la excepcionalidad; y, además, para dictarla debe estar sustentada con pruebas razonables de la comisión del delito, su vinculación, la gravedad de la pena y que el procesado pueda fugar o perturbar la actividad probatoria, presupuestos que deben concurrir en forma conjunta.

d) La privación de libertad cuando no es imprescindible como medida coercitiva para los fines del proceso y su prolongación más allá del tiempo necesario para concluir el proceso, desnaturaliza la medida de detención o prisión preventiva, convirtiéndola en una pena anticipada.

VIII. 6. 10.- DUPLICIDAD AUTOMÁTICA ES INCONSTITUCIONAL.

Es inadmisibile que se sostenga que para duplicar el plazo de detención preventiva judicial de 18 a 36 meses no se requiera una resolución motivada e impugnabile; sino que basta que el proceso sea considerado como de naturaleza compleja para que esta dúplica sea automática.

Según nuestra opinión es inconstitucional por lo siguiente:

1.- Para que se decrete detención preventiva judicial contra un imputado de acuerdo al literal f del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado se requiere una resolución judicial **“motivada”**.

2.- Para prolongar la detención preventiva a 18 meses se requiere una resolución motivada e impugnabile, tal como lo precisa el artículo 137 del C. P. P. de 1991.

3.- El NCPP – 2004, señala en forma expresa que para prolongar la detención preventiva de un imputado se requiere pedido del fiscal fundamentado, a fin de que el juez expida una resolución motivada e impugnabile.

4.- La duplicidad automática viola las garantías constitucionales de presunción de inocencia, motivación, defensa, pluralidad de instancia, igualdad ante la ley, etc.

En la primera parte del artículo 137º del C. P. P., modificado por la Ley Nº 28105, se señala: *“A su vencimiento, sin haberse dictado la sentencia de primer grado, deberá decretarse la inmediata libertad del inculpado”*(...) Como verificamos esta norma es imperativa; y si se aceptara la interpretación de que la duplicidad del plazo de la privación de libertad es automática, significa que basándose en este misma interpretación, se tendría lo siguiente:

El hecho de que un imputado que se encuentre en las condiciones procesales señaladas en el dispositivo antes referido y que no hubiere sido objeto de una sentencia en primer grado, de inmediato tiene que ser puesto en libertad sin que se dicte resolución alguna, o sea que basta con la expedición de un simple oficio dirigido al INPE.

Sin embargo, tenemos que el órgano jurisdiccional viene interpretando que este plazo se duplica de manera automática cuando el proceso previamente ha sido declarado complejo, lo que es arbitrario:

1). Dicho artículo en su primera parte no señala en forma expresa esta supuesta duplicidad automática del plazo de detención; porque al referir que se “duplicará”, no significa que no se tenga que dictar una resolución y prueba de ello es que allí mismo se sostiene que vencido el plazo y no se dictado sentencia en primera instancia “deberá decretarse la inmediata libertad”, pero necesariamente tiene que dictarse una resolución.

2). porque cuando se trata de una privación de libertad como hemos expuesto anteriormente, para ejecutarla previamente debe dictarse una resolución debidamente fundamentada y que pueda ser apelada,

3) es más, después de la supuesta “duplicidad automática”, en la tercera parte del referido artículo señala en forma expresa que: para prolongar la detención se acordará mediante auto motivado; y,

4). duplicar el plazo de privación de libertad significa que se prolonga la detención, motivo por el cual, sostener que dicho artículo faculta al juez duplicar el plazo en forma automática es arbitrario,

5). El inciso 3 del artículo VII del Título Preliminar del NCPP – 2004, señala: “la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos.”

Además, para abundar en la improcedencia de esta interpretación, tenemos que la segunda parte del artículo 137° del C. P. P. se precisa que la detención **podrá prolongarse por un plazo igual y se acordará mediante un auto debidamente motivado**, contra este auto procede recurso de apelación. El hecho de que en dicho artículo se diga que (...) tratándose de procedimientos (...) el plazo límite de detención se duplicará,” esto no significa que la duplica es automática, porque dicha norma no lo precisa, máxime si lo concordamos con lo prescrito en el artículo 202° del C. de P. P., que también precisa que para declarar de naturaleza compleja un proceso se requiere una resolución fundamentada e impugnabile.

Para los efectos de la duplica del plazo de detención, se requiere necesariamente una resolución que lo disponga de esa manera, desde el momento en que no se justifica, en modo alguno puede resultar, jurídicamente lógica esta duplicidad de manera automática, porque para la prolongación del plazo necesariamente se requiere una resolución fundamentada, sin embargo cuando se trata de duplicar el plazo de privación de libertad de 18 a 36 meses se pretende sostener que no es necesaria una resolución que lo faculte, sin tener en cuenta que el bien jurídico afectado es la libertad, esto significa que aceptar esta interpretación, se está de acuerdo con la vulneración de las garantías constitucionales antes referidas, además de la presunción de inocencia.

César San Martín en un artículo referido a los plazos y concretamente a la duplicidad señala que ésta no puede ser automática: *“(...) a su vencimiento, sin que se haya expedido sentencia de primer grado debe producirse la excarcelación inmediata (...) 3., lo que se debe entender por “procedimientos de naturaleza compleja”. Impone dos requisitos conjuntos: debe tratarse de causas seguidas contra más de diez imputados (once como mínimo) y, adicionalmente, contra más de diez agraviados o en agravio del Estado (...) dado que la “complejidad” constituye un motivo absolutamente razonable y objetivo para introducir una pauta de diferenciación. 4. El III párrafo de la norma permite la posibilidad de una prolongación de la prisión preventiva. Son dos los requisitos materiales que deben presentarse, conjuntamente, para que se disponga la prolongación: a) que concurren circunstancias que imponen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación o instrucción (estas circunstancias están conectadas con los avatares o dificultades para concretar los actos de investigación y, por cierto, a la complejidad de la causa por razón de materia, de concurso de personas, etc.; b) que el inculpado pueda sustraerse de la acción de la justicia: se trata de una evaluación del periculum libertatis a la luz del tiempo transcurrido (...). Si se cumplen ambos requisitos la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo igual. Ello no significa, desde luego, que será automáticamente el tope del plazo, pues es posible fijar un plazo menor en función a las características de la causa.”*⁴⁷⁶

⁴⁷⁶ SAN MARTÍN CASTRO, César, cit, p, 20.

El Juez de acuerdo a lo prescrito en el artículo 51° y 138° de la Constitución debe aplicar el control difuso, pues el sostener como lo hacen muchos e inclusive en un Pleno Jurisdiccional que la duplicidad del plazo de detención prevista en la primera parte del artículo 137 del C.P.P. de 1991, en caso de procesos de naturaleza compleja es automática, es decir, no se necesita resolución, no solamente es irracional, sino inconstitucional e ilegal, al violar las garantías fundamentales, como el de motivación, presunción de inocencia, defensa y doble instancia; mientras que, para decretarla y de acuerdo a lo señalado en la tercera parte del mencionado artículo, para la prolongación de esta medida, se precisa que se requieren de resoluciones debidamente motivadas.

El Doctor Hermilio Vigo Cevallos en el proceso constitucional interpuesto por César Almeyda Tasayco contra el Segundo Juzgado Penal Especial de Lima, por exceso de detención, como integrante de la Primera Sala Especializada en lo Penal para procesos con reos en cárcel, dictó un voto en discordia a fin de que se revoque la sentencia y sostuvo que se revoque la sentencia y reformándola se declare fundada, disponiéndose la inmediata libertad del accionante, exponemos su voto en discordia casi en toda su extensión, por considerar que con la fundamentación y las razones que esgrime, discrepa con la resolución dictada por la Sala en mayoría y lo acordado en un Pleno Jurisdiccional, considerando que al disponer una duplica automática viola las garantías constitucionales de presunción de inocencia, doble instancia, de motivación, desde el momento en que al procesado no se le hace conocer cuales son las razones por las cuales se prolonga arbitrariamente su detención preventiva, más aun cuando necesariamente tratándose de una privación de libertad de un imputado se requiere la expedición de una resolución judicial⁴⁷⁷.

⁴⁷⁷ ZEVALLOS VIGO, Hermilio, voto en discordia en el Exp. N° 86 – 05 – HC, de la Primera Sala Penal Especializada en lo Penal para procesos con reos en cárcel, seguido por César Augusto Almeida Tasayco contra la Jueza del Segundo Juzgado Penal Especial de Lima. Como podemos apreciar en dicho voto el Doctor Zevallos demuestra una gran versatilidad y conocimiento en el tema precisando que discrepa de lo acordado en mayoría en un Pleno Jurisdiccional.

**DURACIÓN DE LA DETENCIÓN, DE ACUERDO AL ARTÍCULO 137º
DEL C.P.P. DE 1991.**

El primer párrafo del artículo establece la existencia de dos “tipos” de plazo máximo de detención, distinguibles en razón del delito imputado y de la complejidad de la causa y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 135 del C. P .P.

a) De un lado se encuentra el plazo máximo para los procesos sumarios que no durará más de 9 meses, y de 18 meses en los procesos ordinarios.

b) De otra parte, tenemos el plazo máximo aplicable de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado, en cuyo caso el plazo máximo se duplicará a 36 meses. Se trata de una presunción legal de complejidad, *prima facie* que, desde luego, puede quedar desvirtuada a la luz del caso concreto.

La prolongación de la prisión preventiva ha de decretarse de manera expresa y antes de que transcurra el plazo máximo ordinario, es decir, el establecido sin contar el de la prórroga. El Tribunal Constitucional, ha considerado que en los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje, seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado, la ley presume una complejidad *prima facie* que, desde un punto de vista abstracto, no resulta inconstitucional, e inclusive en una última sentencia en el caso “Tijuana”, dada la especial situación de este proceso en la que además, del número de acusados, se tuvo en consideración que se trataba del delito de tráfico ilícito de drogas en las que intervienen miembros de una organización internacional y la acumulación de otro proceso, es que dispuso la prolongación de la detención a un plazo mayor a 36 meses.

Sin embargo, tal como lo hemos expuesto anteriormente en caso contrario cuando ya se ha dado cumplimiento a los objetivos que se persiguen en un proceso penal, nada obsta para que tal complejidad sea descartada a la luz del caso concreto, siendo deber del órgano jurisdiccional advertido y resolver esta situación con la finalidad de no mantener vigente el

mandato de detención que se ha dictado en contra del o de los imputados, máxime cuando ya se agotó la instrucción y no existe la posibilidad fuga o perturbación de la actividad probatoria, es decir, lo que el juez debe tener en cuenta al momento de tramitar una causa en la que el procesado se encuentre privado de su libertad.

De otra parte, se señala en el segundo y tercer párrafo del artículo 137º, “mediante auto debidamente motivado, de oficio por el Juez a solicitud del Fiscal y con conocimiento del inculpado”, es posible prolongar el plazo máximo de detención “por un plazo igual” a los establecidos en su primer párrafo “cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación y que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia”.

De acuerdo a lo resuelto por el Tribunal Constitucional en una sentencia vinculante que verificando una interpretación literal de los preceptos aludidos, se desprendería que, presentadas las circunstancias descritas, los plazos podrán extenderse a los 18 meses en el caso de los delitos que se tramitan en procedimiento sumarios y a 36 meses en el caso de procedimiento ordinario, y a 72 meses en el caso de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado. Aún cuando, conforme lo hemos precisado se debe resolver en cada caso concreto, a fin de que no se prive de libertad arbitrariamente a un imputado más allá del plazo razonable. En todo caso, se trata de plazos de máximos que no pueden ser sobrepasados bajo ninguna circunstancias (límite absoluto al plazo de duración de la prisión preventiva).

Máxime, cuando el derecho que tiene todo procesado a la libertad personal cuya culpabilidad no ha sido judicialmente declarada, no puede sacrificarse por la inoperancia de un aparato judicial como sucede en muchos casos ha rebasado todo margen de razonabilidad al dilatar un proceso sin haber expedido sentencia en primera instancia. Ante tal situación, un proceso penal no puede ser analizado en abstracto porque el derecho a la libertad de un imputado se impone al deber objetivo que

persigue el órgano jurisdiccional, como es el de asegurar el éxito del proceso.

La prolongación de la prisión preventiva, lleva consigo la consecuencia natural de sospecha indefinida y continua sobre el imputado de la comisión de un delito, constituyendo una violación del principio de presunción de inocencia. Sin embargo, la existencia de un ambiente de creciente sospecha contra un imputado en el curso del proceso penal no justifica la adopción de la prisión provisional sobre la persona del presunto sospechoso. Si al concluir el proceso se llega a determinar la culpabilidad del imputado, lo que implica es la formulación de un juicio de reproche en una sentencia definitiva. Si el órgano jurisdiccional no determina el juicio de reproche dentro de un plazo razonable y justifica la prolongación de la privación de libertad del imputado sobre la base de la sospecha que existe en su contra, lo que significa que en buena cuenta se está sustituyendo la pena con la prisión preventiva. De este modo de detención preventiva pierde su propósito instrumental se servir a los intereses de una buena administración de justicia, atribuible a la exclusiva responsabilidad del juzgador, de la vulneración del plazo razonable para dictar una sentencia en primera instancia.

La actuación de los jueces en la tramitación de un proceso penal, es preciso evaluar el grado de celeridad con el que ha sido tramitado, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa en la que se encuentra un individuo privado de su libertad. En tal sentido, serían especialmente censurables, por ejemplo, la demora en la tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantiene la detención preventiva; las indebida e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; o, los repetidos cambios de juez, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de un diligencia en general, significa que el juez se ha excedido en el mandato de privación de libertad decretada de manera preventiva,

VIII. 6. 11.- CESACIÓN DEL MANDATO DE DETENCIÓN.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 283 del NCPP – 2004, se tiene que el imputado puede solicitar el cese de la prisión preventiva, a fin de que ésta pueda ser sustituida por una medida de comparecencia, en las oportunidades que crea conveniente, previa convocatoria a una audiencia a fin de que previa exposición del imputado, su defensor y el Fiscal, el Juez de la Investigación Preparatoria, luego de escuchar los argumentos que formula cada uno de ellos, deberá resolver lo pertinente, si procede o no la variación de la prisión preventiva por una medida menos gravosa, teniendo en consideración para la cesación si nuevos elementos de convicción demuestren que se han desvirtuado los motivos que en oportunidad se decretara la privación de libertad, resultando necesaria su sustitución por la medida de comparecencia; además deberá tener en cuenta las condiciones personales del imputado, el lapso de tiempo que ha transcurrido desde el momento en que se dictó la medida y el estado en el cual se encuentra el proceso penal, debiéndose fijar las reglas para que éste concurra en las oportunidades que sea citado en el desarrollo del juicio.

Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional: *“La resolución en la que resuelve un pedido de cesación de una medida cautelar debe expresar de manera clara si aún concurren los presupuestos que habilitaron el dictado de la medida restrictiva impuesta. Por ello, en caso de denegatoria de cesación del mandato de detención, el órgano jurisdiccional deberá expresar las razones por las que la medida no debe ser variada, especificando porque considera que se ha desvanecido el peligro procesal o los elementos probatorios de la comisión del ilícito. Ello es congruente con lo señalado por este Tribunal respecto a la motivación de la resolución que decreta la detención, la misma que debe ser razonada, lo cual quiere decir que en ella debe observarse “(...) la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar”; y suficiente, en el sentido de que “debe expresar por si misma las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla”⁴⁷⁸.*

⁴⁷⁸ Sentencia Exp. N° 00428 – 2009 – PHC/TC, Publicada en la pág. Web del TC el 18 de junio 2010. Gaceta jurídica. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, N° 07, julio 2010, pág. 64.

CONCLUSIONES

La hipótesis planteada que ***“Las Resoluciones Judiciales que decretaron el mandato de detención preventiva y el exceso de permanencia de esta medida, de los internos de los Establecimientos Penitenciarios “San Jorge” y “San Pedro”, han vulnerado los derechos fundamentales del procesado”***, ha sido comprobada en el presente estudio, llegando a las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- Los principios o derechos fundamentales de legalidad, debido proceso, presunción de inocencia, motivación, etc., son vulneradas al darse inicio o durante el proceso penal, las mismas que se corroboran con las encuestas y las diversas sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional a raíz de hábeas corpus interpuestos por imputados perjudicados con las resoluciones dictadas por Jueces, que privan preventivamente de libertad a un imputado.

SEGUNDA.- El Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias ha señalado que el auto de apertura de instrucción constituye una resolución inimpugnable; y al interponer una demanda de hábeas corpus contra dicho auto es procedente cuando se viola el debido proceso, la motivación, tutela procesal efectiva, derecho a la libertad individual o derechos conexos a ella, por lo que tienen competencia *ratione materiae* para evaluar la legitimidad constitucional de la resolución cuestionada, en cuanto a la privación de libertad.

TERCERA.- El Tribunal Constitucional sostiene que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, comporta obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones deducidas por las partes en cualquier clase de proceso; con mayor razón cuando se decreta detención o prisión preventiva.

CUARTA.- El Tribunal Constitucional puntualiza que la determinación específica de la imputación en el auto apertorio de instrucción comporta la determinación precisa del hecho, sino también la determinación específica del tipo penal; porque todo imputado debe conocer de manera expresa, cierta e inequívoca la calificación jurídica. Corroborando que en muchos autos apertorios de instrucción se han vulnerado derechos fundamentales al tipificar los delitos, ilegalmente, para justificar el mandato de detención.

QUINTA.- El Tribunal Constitucional realiza un control constitucional sobre una resolución judicial cuando afecta el principio de legalidad penal, al comprobar que se aparta del tenor literal del precepto, verificando pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores, al vulnerar derechos fundamentales para privar preventivamente de libertad a un imputado.

SEXTA.- La detención o prisión preventiva judicial es la privación de libertad de un imputado que se aplica antes de la terminación de un proceso penal, medida que se considera necesaria para determinar la comisión del hecho punible y la culpabilidad del procesado y su posterior sanción. Pero, podemos concluir, como hipótesis de la investigación que en la mayoría de los procesados que se encuentran en esta situación, el órgano jurisdiccional no ha respetado los principios de excepcionalidad, proporcionalidad, provisionalidad, razonabilidad y subsidiaridad.

SÉPTIMA.- El derecho a la tutela jurisdiccional comprende tres momentos como son: el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la defensa y a obtener solución en un plazo razonable y el derecho a la plena efectividad de sus pronunciamientos, lo que lamentablemente no sucede en la mayoría de internos en los centros penitenciarios al violarse el principio constitucional de ser juzgados en un plazo razonable, porque más del 70% de los 46, 000

internos en todo el país, se encuentran sufriendo detención preventiva, al no haber sido juzgados en primera instancia.

OCTAVA.- La libertad es un derecho fundamental, esto es, el goce pleno de ella, sin embargo, se viola el plazo razonable en la detención o prisión preventiva. Pero, de manera increíble el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución Política ha dictado sentencias en las que la amplía hasta por 72 meses en procesos complejos, mientras que en el NCPP – 2004, el plazo máximo es de 36 meses.

NOVENA.- Algunos Jueces Penales permanentes parten de la premisa que primero se decreta detención para recién empezar a investigar si se ha cometido el delito o si el imputado se encuentra vinculado como autor o partícipe del hecho punible, que es otra de las principales razones por las cuales existe un elevado porcentaje de procesados privados de libertad sin estar sentenciados en primera instancia.

DÉCIMA.- Algunos Jueces Penales al decretar la detención o prisión preventiva judicial no consideran que la libertad es la regla y su privación es la excepción. Es más, la decretan sin la concurrencia de manera conjunta de los tres requisitos, como señala expresamente la norma procesal, por lo que se convierte en arbitraria.

DÉCIMA PRIMERA.- Las presiones políticas, periodísticas y no jurídicas en algunos casos, motivan que el Juez Penal Permanente – en Lima –, dicte la detención preventiva judicial u otro, niegue su variación por comparecencia restringida, lo que también corrobora, como otra de las razones por las que se violan garantías constitucionales.

DÉCIMA PRIMERA.- Muchas detenciones preventivas judiciales son decretadas basadas en la gravedad del delito imputado, pero sin pruebas de la vinculación como autor o partícipe, lo que origina una evidente violación al

principio de presunción de inocencia, al invertirla por la de culpabilidad, que ha sido dejada de lado con las Constituciones de 1979 y 1993.

DÉCIMA SEGUNDA.- El pretender establecer en una norma la obligatoriedad de la detención de un procesado en base a la peligrosidad o la naturaleza del delito, es inconstitucional; y no puede ser aceptada por la comunidad jurídica, porque además de suponer una condena anticipada, está en contra de la presunción de inocencia y los principios básicos para su aplicación, sin examinar los demás presupuestos.

DÉCIMA TERCERA.- La aplicación de la de detención preventiva a un buen número de internos de los penales de Lurigancho y San Jorge, por parte de los jueces permanentes, se ejecuta violando los derechos fundamentales; y el juez penal encargado de la instrucción persiste en mantenerlo privado de libertad en forma arbitraria, por lo que han tenido que recurrir al proceso constitucional de hábeas corpus, como último remedio para conseguir que cese ésta.

DÉCIMA CUARTA.- La existencia, la magnitud y la gravedad del abuso de la detención o prisión preventiva, resulta perjudicial para el procesado quien sufre sus consecuencias, dada las pésimas condiciones materiales en las que se da cumplimiento a la privación de libertad en el penal de Lurigancho, reflejado en el hacinamiento, pues llegó a tener una población de cerca de doce mil internos, habiéndose prohibido el ingreso de detenidos en el año 2009.

DÉCIMA QUINTA.- La necesidad que entre vigencia en todo el país el capítulo referente a las medidas coercitivas del NCPP – 2004, pues de acuerdo a las estadísticas verificadas en los distritos judiciales donde está implementado, se verifica que la detención y prisión preventiva judicial en una investigación preliminar o peparatoria, respectivamente, ha disminuido, por los requisitos y procedimientos que se requiere para decretarla.

DÉCIMA SEXTA.- El Tribunal Constitucional en diversas sentencias sostiene la aplicación de la duplicidad automática, sin resolución motivada, violando garantías de tutela jurisdiccional, porque al no existir resolución, no procede el recurso de apelación al cual tiene derecho toda persona en base a la garantía constitucional de la doble instancia, a fin de que sea revisada; a fin de evitar una detención arbitraria del imputado, violando el plazo razonable de la detención preventiva judicial.

DÉCIMA SÉPTIMA.- El hecho de que el plazo razonable de duración de la detención preventiva no pueda ser valorado a nivel abstracto, esto no significa que el ordenamiento jurídico se inhiba de establecer una regulación que sirva de parámetro objetivo para el enjuiciamiento de un caso concreto en el que haya sido dispuesta la medida.

DÉCIMA OCTAVA.- Asimismo, está claramente establecido la diferencia existente entre la ampliación del plazo de la instrucción que no puede ser mayor de 14 meses en los procesos que se tramitan en la vía ordinaria y de acuerdo a lo prescrito en el artículo 202 del C. de P. P., modificado por la Ley 27553 tiene el carácter de improrrogable; por lo que resulta incoherente que un procesado pueda estar detenido preventivamente hasta más de 36 meses, sin ser juzgado y sentenciado.

DÉCIMA NOVENA.- Para ampliar la instrucción, se precisa los casos y las circunstancias de su procedencia; así como también para la prolongación de la detención preventiva, pero en el primero se requiere resolución y en el segundo caso no. Sin embargo, en el NCPP – 2004, señala que se debe dictar una resolución e impugnable por las partes.

VIGÉSIMA.- La aplicación de la detención preventiva, bajo el sustento del artículo 135º del C.P.P. de 1991, presenta las siguientes deficiencias: a) No se contempla audiencia para ejercitar el contradictorio y validar los elementos que sustentan el *periculum in mora*; ante la inexistencia de

audiencia, la argumentación con la cual se solicita la detención preliminar resulta en la mayoría de casos deficiente. Se dispone, por solicitud fiscal, o de oficio, dependiendo de la fase en la que se encuentre el proceso.

VIGÉSIMA PRIMERA.- En la actualidad no se regula la figura de la convalidación de la detención, en muchos casos la pronta disposición de la detención preventiva puede convertirse en un medio para ocultar detenciones ilícitas u otras vulneraciones de las garantías y derechos procesales del imputado.

VIGÉSIMA SEGUNDA.- En los distritos judiciales donde no está vigente el NCPP – 2004, la detención preventiva se aplica mediante una resolución escrita motivo por el cual no existe una audiencia pública, ni mucho menos debate de cada uno de los requisitos de la detención, violándose el principio de contradicción, originando un alto porcentaje de prisiones preventivas.

VIGÉSIMA TERCERA.- Las normas para aplicar la detención contribuyen a su abuso, también hay prácticas deficientes de determinados Fiscales, al no cumplir con su deber de investigar y no sustentar su pedido ante el Juez; así como, las denuncias sin pruebas contribuyen a la indebida aplicación de las detenciones por parte del Juez, originando que luego de estar detenido el procesado es absuelto por falta de pruebas.

VIGÉSIMA CUARTA.- Las debilidades del Fiscal y del Juez, originan que exista un alto porcentaje de procesados sin sentencia reclusos en los penales. No se sustenta el primer presupuesto ni el peligro de fuga. El Juez, muchas veces se basa en la gravedad de la pena.

RECOMENDACIONES

PRIMERA.- Los Jueces Penales ante la denuncia de un caso concreto y al tipificar el delito imputado, no pueden ni deben ir más allá de la valoración existente en el tipo invocado, ni tampoco efectuar una interpretación extensiva o analógica, para agravar la situación jurídica del procesado, que sirva de justificación para decretar la detención del procesado.

SEGUNDA.- Los Jueces Penales deben actuar sólo en el campo de los hechos establecidos legalmente, y sus resoluciones han de estar fundadas en relación a los elementos o presupuestos que surgen de los tipos penales y no en juicios valorativos que pretendan hacer valer arbitrariamente.

TERCERA.- Desde el momento que se da inicio al proceso penal y cuando se dicte una medida coercitiva contra el imputado, éste debe tener la seguridad de que ha de encontrar de parte de los encargados de administrar justicia, la observancia de las normas procesales, es decir, el cumplimiento del debido proceso y la inexistencia de una duda razonable en cuanto a la comisión del delito o la responsabilidad del autor.

CUARTA.- La detención preventiva judicial no puede ser un anticipo de pena durante el proceso, el principal fundamento es asegurar su realización a fin de actuar la ley penal o asegurar la ejecución de la sentencia, teniendo como sustento los principios que se requieren para decretarla; y debe primar el principio de presunción de inocencia.

QUINTA.- Basado en el principio constitucional de motivación, el juez al decretar un mandato de detención preventiva debe expresar la circunstancia que justifican tal limitación, como una exigencia formal de proporcionalidad, a fin de que se haga posible el debate y comprobación de la legalidad y racionalidad de la privación de la libertad, debiendo efectuar el juicio de

ponderación entre el derecho fundamental afectado y los que intereses que la restricción trata de proteger.

SEXTA.- En cuanto al principio de proporcionalidad, no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material al juzgador al momento de aplicar la detención, debe obedecer a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido, las pruebas existentes y su vinculación con él, así como también la posibilidad de fuga y perturbación de la actividad probatoria.

SÉPTIMA.- Si durante el proceso se cumplió con el objetivo que se persiguió para decretar la detención preventiva, luego de cesado los motivos el juez debe variarla por una medida menos gravosa.

BIBLIOGRAFIA

ABAD YUPANQUI, Samuel, "Prólogo", a Pizarro Guerrero, Miguel, Miguel, Jurisprudencia Constitucional de Hábeas Corpus, Grijley, Lima, 2003.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., "Principio de reserva de la ley penal versus autoritarismo estatal", en Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 13, Lima, 2003.

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Programa de Formación de Aspirantes. Tercer Curso. Primer Ciclo de Formación General. Módulo 8. Derecho Penal, Lima.

ARMENTA DEU, Teresa, Lecciones de Derecho Procesal Penal, Marcial Pons, Madrid, 2003.

ARONÉS, Mariano, *Proceso justo*, XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Libro de Ponencias, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Litoral Santa Fe, Argentina, 1995.

ASENCIO MELLADO, José María, "Presunción de inocencia y prueba indiciaria", en AA.VV., *Los principios del proceso penal y la presunción de inocencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

ASENCIO MELLADO, José María, Introducción al Derecho Procesal Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

BASCUMAN VALDEZ, Anibal, en Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XVIII, Driskill, Buenos Aires, 1979.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio *et al.*, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2da. Edición, Editorial Praxis S. A., Barcelona, 1999.

BERNAL CAVERO, Julio, *Aspecto Legales sobre la Detención Policial*, en Revista Derecho & Sociedad, año 5, N° 8-9, Lima, 1965.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique, La Constitución de 1993. Análisis Comparado, con la colaboración de Alberto Otárola Peñaranda, 2ª ed., ICS Editores, Lima, 1996.

BERNARDIS, Luis Marcelo de, La garantía procesal del debido proceso, Biblioteca Universitaria de Derecho Procesal Civil-Cultural Cuzco, Lima, 1995.

BERNARDIS, Marcelo de, Las garantías del debido proceso, Materiales de enseñanza. Pontificia Universidad Católica del Perú Instituto de Estudios Internacionales - Embajada Real de los Países Bajos (1996).

BIDART CAMPOS, Germán J., Régimen legal y jurisprudencial del Amparo, Ediar, Buenos Aires, 1968.

BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad- Hoc. S.R.L., Buenos Aires, 1993.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, “La naturaleza de las medidas de seguridad en el derecho español”, en Estudios Penales. Libro Homenaje al Profesor Luis A. Bramont Arias, Editorial San Marcos, Lima, 2003.

BRAMONT ARIAS, Luis y Bramont – Arias Torres, Luis Alberto, Código Penal Anotado, 3ra ed., Editorial San Marcos, Lima, 2000.

BRAMONT ARIAS –TORRES, Luis Alberto y García Cantizano, María del Carmen, Manual de Derecho Penal. Parte Especial, 3ra ed., Editorial San Marcos, Lima, 1995.

BRAMONT ARIAS – TORRES, Luis Alberto, “Algunas precisiones referentes a la Ley Penal contra el Lavados de Activos, Ley N° 27765”, en Estudios Penales. Libro Homenaje al Profesor Luis A. Bramont Arias, Editorial San Marcos, Lima, 2003.

BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis Miguel, “La tipicidad, el tipo doloso de comisión”, en Estudios Penales. Libro Homenaje al Profesor Luis A. Bramont Arias, Editorial San Marcos, Lima, 2003.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Principio garantista del derecho penal y procesal penal”, en *Derecho y Sociedad*, N° .8-9, año 5, Lima, 1995.

BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1986.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, .4ta edición, PPU, Barcelona, 1994.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas*, T. I, *Derecho Penal Parte General*, ARA Editores E.I.R.L. Lima, 2003.

CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta S.R.L., 21ª edición Revisada, actualizada y ampliada, Buenos Aires, 1984.

CAFFERATA NORES, José L., *Proceso Penal y Derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Ediciones del Puerto-CELS, Buenos Aires, 2000.

CARBALLO ARMAS, Pedro, “La presunción de inocencia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en *Derecho & Sociedad*, N° 22, Lima, 2004.

CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones sobre el Proceso Penal*, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa - América, Boch y Cia Editores, Buenos Aires, 1950.

CARO CORIA, Dino Carlos, *Código Penal: Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal*, Gaceta Jurídica, 2002.

CARRIÓ, Alejandro D., *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, Editorial Hammurabi SRL, José Luis Desalma Editor, Buenos Aires, Argentina, 2002.

CASTAÑEDA OTSU, Susana Inés, *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus. Normativa y aspectos procesales*, T. II, 2ª ed., Jurista Editores, 2004.

CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner y Valladolid Zeta, Víctor, *Jurisprudencia Penal*, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Jurista Editores, Lima, 2002.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. V, .Ediar Sociedad Anónima, Editora Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1964.

CÓDIGO PROCESAL PENAL, 2004, Decreto Legislativo 957, promulgado el 29 de julio de 2004, suspendida su vigencia.

CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, T. 2, Astrea, Buenos Aires, 1991.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El proceso Penal. Teoría y Práctica*, Palestra, Lima, 2000.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *Tratados y Manuales, El Derecho Penal Español*, 2da edición, Extremadura- España, 1996.

DE DIEGO DIEZ, Luís Alfredo, *El Derecho del Juez Predeterminado por la Ley*, Editorial Tecno S.A., Madrid, 1998.

DECRETO LEY 959, promulgada el 17 de agosto 2004

ESPARZA LEIBAR, Iñaqüi, *El principio del proceso debido*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998.

EXTZEBERRIA GURIDI, José Francisco, *Las Intervenciones Corporales: Su Práctica y Valoración como Prueba en el Proceso Penal; inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, Editorial Trivium S.A., Madrid, España, 1999.

FALCONÍ GÁLVEZ, Juan Teodoro, “Algunas reflexiones acerca de la justicia. Jurisdicción, Poder Judicial, derecho procesal novosecular”, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LI, Nº 23, junio, 2001.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *Las garantías del debido proceso*, Materiales de enseñanza. Pontificia Universidad Católica del Perú Instituto de Estudios Internacionales - Embajada Real de los Países Bajos, 1996.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

FIERRO, Julio Guillermo, *Teoría de la participación criminal*, 2da edición actualizada, Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Desalma, Buenos Aires, 2001

FIX ZAMUDIO, H., “La protección procesal de los derechos humanos en la reforma Constitucional Argentina de agosto de 1994”, en *Derechos Humanos y Constitución de Iberoamérica. Libro Homenaje a Germán j. Bidart Campos*, Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 2002.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, T. VII, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.

FUENTES Y JIMÉNEZ DE ANDRADE, Teresa, “Los principios del proceso penal y la presunción de inocencia”, en AA.VV., *Los principios del proceso penal y la presunción de inocencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás A., “Autoría y participación en el delito de enriquecimiento ilícito”, en *Revista de Ciencias Penales*, N° 11, Lima, 2002.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *El delito de lavados de activos*, Grijley, Lima, 2004.

GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, “Algunas consideraciones sobre el delito de tráfico de influencias”, en *Estudios Penales. Libro Homenaje al Profesor Luis A. Bramont Arias*, .Editorial San Marcos, Lima, 2003.

GARCÍA TOMA, Victor, *Los Derechos Humanos y la Constitución*, Gráfica Horizonte S.A., Lima, 2001.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Vicente; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 1997.

GONZÁLES AYALA, Dolores Mª, . “*Las garantías constitucionales de la detención. Los derechos del detenido*”, Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

Guía rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal (vinculantes y acuerdos de plenos jurisdiccionales, en *Diálogo con la Jurisprudencia*), Gaceta Jurídica, Febrero 2001.

GUTIÉRREZ, Gustavo, *Los procesos constitucionales de la libertad*, RAO, Lima, 2004.

GUZMÁN NAPURÍ, Cristian, *¿Es realmente necesario que el gobierno legisle? Apuntes acerca de las legislaciones delegadas y la legislación de Urgencia en el Perú. (en Revista Jurídica del Perú, Año LI, N° 21, 2001.*

HASSEMER, Winfried, *Los presupuestos de la prisión preventiva*, .2da edición, Traducción de Patricia S. Zifer, Buenos Aires, 1998.

HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo, “*Función jurisdiccional*”, en Programa de Formación de Aspirantes- Academia de la Magistratura. Tercer Curso.

HUERTA TOCILDO, Susana, “*Principio de legalidad*”, en *Actas de V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2000.

HURTADO POZO, José, “*Derechos humanos y lucha contra la delincuencia*”, en *Thémis*, N° 35 (citado por Fany Quispe Farfán), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, tercera edición, Editorial Grijley E. I.R.L, Lima, 2005.

JAÉN VALLEJO, Manuel, *La justicia penal en la jurisprudencia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2000.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

JANCHUN, Eduardo M., *Derechos del imputado*, Rubimzol Calzón Editores, Buenos Aires, 2005

JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. II, trad. de Santiago Mir Puig, Bosch, Barcelona, 1981.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, T. II, 3ra ed., Editorial Lozada S.A, Buenos Aires, 1964.

LANDA ARROYO, César, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Palestra Editores SAC, Lima, 2005.

LANDA ARROYO, César, “*Hábeas corpus y corrupción*”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 41, febrero, Lima, 2002.

LANDA ARROYO, César, “*Los procesos constitucionales en la Constitución peruana*”, en *Ius et Veritas*, N° 18, Lima, 1999.

LANDA ARROYO, César, “*Tribunal Constitucional y Estado Democrático*” Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ra edición, Lima, 1993.

LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. II, .Ediciones Jurídicas Europa- América,.Buenos Aires, 1963.

LINARES, Juan Francisco, “*El debido proceso sustantivo*”, en *Garantías del debido proceso*. Material de enseñanza PUCP, 1996.

LÓPEZ GUERRA, Luis, “*Presunción de inocencia, tutela judicial y motivación de sentencias penales*”, en AA.VV., *Los principios del proceso penal y la presunción de inocencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

LORENZO SALGADO, José Manuel, *“Notas sobre la participación criminal en el derecho penal español”*, en *Estudios Penales. Libro Homenaje al Profesor Luis A. Bramont Arias*, Editorial San Marcos, Lima, 2003.

LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 2000.

MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal, T. III (Delitos en Particular)*, 2da ed., Editorial Temis, Bogotá, 1972.

MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, T. I, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1979.

MAIER, Julio B. J., *La Ordenanza Procesal Penal alemana*, T. I, Depalma, Buenos Aires, 1978.

MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal*, T. 8, Ediar Editores S.A., Buenos Aires, .1942.

MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. III, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, .Ediar Editores S.R.L., Buenos Aires, 1949.

MESINAS Montero, Federico, “Las distintas variantes del recurso de queja”, en *Gaceta Jurídica*, T. 81-B, agosto, Lima, 2000.

MIGUÉLES DEL RÍO, Carlos, “Principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia”, en AA.VV., *Los principios del proceso penal y la presunción de inocencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Tecfoto, Barcelona, 1996.

MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, Bosch, Euros Editores, Buenos aires, 2003.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, José María Bosh Editores, Barcelona, 1997.

MONROY GÁLVEZ, Juan, “*Criterios para la identificación de las distintas formas de Tutela procesal civil (ponencia)*”, en *Derecho Procesal Penal. II Congreso Internacional*, Universidad de Lima, Lima, 2002.

MORENO CATENA, Victor, *El Proceso Penal*, Tomo II, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000

MUÑOZ CONDE, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.

NOVAK, FABIÁN Y NAMIHAS, Sandra, *Derecho Internacional de Derechos Humanos, Manual para Magistrados y auxiliares de justicia*, Finart SAC, Lima, 2004

ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Alternativas, Lima, .1993.

PACHECO OSORIO, Pedro, *Derecho Penal Especial*, Editorial Temis, Bogotá, 1972.

PALOMINO MANCHEGO, José y ETO CRUZ, Gerardo, *Principios, derechos, garantías. Problemas escogidos. (en Derechos Humanos y Constitución de Iberoamérica. Libro homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 2002.

PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, II-A, Delitos contra el Patrimonio, Ediciones Jurídicas, Lima, 1992.

PÉREZ CAPELLA, Miguel, “El principio de presunción de inocencia”, en AA.VV., *Los principios del proceso penal y la presunción de inocencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *en Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Fabián Novak

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Seguridad jurídica: Una garantía del derecho y la justicia”, en *Aequum et Bonum*, N° 1, Lima, 2003.

PERRACHIONE, Mario Claudio, “*Proceso Justo*”, Libro de Ponencias, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral de Santa Fe, Argentina, 1998.

PEYRANO, Jorge W., “Eficiencia del sistema de justicia”, en *Advocatus*, Nueva Época, N° .7, Lima, 2002.

PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, José M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

PIZARRO GUERRERO, Miguel, Miguel, *Jurisprudencia Constitucional de Hábeas Corpus*, Grijley, Lima, 2003.

PUENTES Y JIMÉNEZ DE ANDRADE, Teresa, “*Los principios del proceso penal, la presunción de inocencia*”, en AAVV, *Los principios del Proceso Penal y la presunción de inocencia*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992

QUISPE FARFÁN, Fany S., “*La degradación de la garantía constitucional de la presunción de inocencia*”, en *Cathedra*, N° 4, Lima, 1999.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El Proceso Penal*, José María Boch Editora S.A., Barcelona, 1993.

REY CANTOR, Ernesto, “*Principio de legalidad y derechos humanos. Análisis desde la perspectiva del derecho constitucional procesal*”, en *Revista Jurídica del Perú*, N° 29, Trujillo, 2001.

RODRIGUEZ JUÁREZ, Manuel, “*El Proceso Justo*”, Libro de Ponencias, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral de Santa Fe, Argentina, 1998.

ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*, T. I, Idemsa, Lima, .2002.

ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia Penal*, T. I, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia Procesal Penal*, T. II, Gaceta Jurídica, Lima, .1999.

ROLLA, Giancarlo, “*Derechos fundamentales y Estado democrático: El papel de la justicia constitucional*”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 2, Lima, 2000.

ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General, T. I, Fundamentos de la teoría del delito*, traducción Diego Luzón Peña, Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

ROY FREYRE, Luis Eduardo, “La detención preventiva en el Perú”, en *Libro Homenaje al Dr. Carlos Rodríguez Pastor*, Cultural Cuzco, Lima, 1992.

RUBIO CORREA, Marcial, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional*, T. II, *Recurso Extraordinario*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional*, T. IV, *Hábeas Corpus*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson,

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson

SAN MARTÍN CASTRO, César, “La privación cautelar de la libertad”, en *Cathedra Discere. Iure et Facto*, N° 8-9, Editorial San Marcos, Lima, 2002.

SAN MARTÍN CASTRO, César, “*Procedimiento especial de seguridad*”, Ponencia publicada en la Revista Derecho Procesal. II Congreso Internacional. Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 2002.

SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, .1ra edición, 2 vols., Editora Grijley E.I.R.L., Lima, 1999.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Comentarios al Código Procesal Penal*, Idemsa, Lima, 1994.

SANGUINÉ, Odone, *La prisión provisional y los derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

SCHIAPPA-PIETRA, Oscar, *Notas sobre el debido proceso en la doctrina penal y en la jurisprudencia europea de derechos humanos*, Instituto de Estudios Internacionales, Lima, 1996.

SMITH, Juan Carlos, “Libertad”, en ENCICLÓPEDIA JURÍDICA OMEBA, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1979, Tomo XVIII.

TAMBINI DEL VALLE, Moisés, “El debido proceso”, en Abogados. Directorio Jurídico, N° 7, Lima, 2002.

TORRES CARO, Carlos, “*Hábeas Corpus y Amparo*” Jurista Editores, Lima, 2003.

UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José, “Cultura inquisitiva y presos sin sentencia”, en *Ius et Veritas*, N° .11, Lima, 1995.

URQUIZO OLAECHEA, José, “*Código Penal*” T. I, Editorial Ideosa, Lima, 2010

URQUIZO OLAECHEA, José, El principio de legalidad, Gráfica Horizonte, Lima, 2000.

VÁSQUEZ SOTELO, José Luis, “Presunción de inocencia”, en AA.VV., *Los principios del proceso penal y la presunción de inocencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

VICUÑA HONORES, Renato, “El proceso de hábeas corpus en el sistema jurídico peruano”, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LII, N° 41, Trujillo, 2002.

VILLA STEIN, Javier, *Derecho Penal. Parte General*, 2da ed., Editorial San Marcos, Lima, 2001.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Código Penal*, editorial Grijley, Lima,

WELZEL Hans, *Derecho Penal Alemán*, trad. de Juan Bustos, editorial Jurídicas de Chile, Santiago, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, Ediar, Buenos Aires, 2000.

ZAVALETA RODRIGUEZ, Roger, *La congruencia de las resoluciones judiciales* (en *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, Año IV, N° 9, 1998.

ANEXOS

PLENOS JURISDICCIONALES

Pleno Jurisdiccional de 1997, Arequipa, sobre las medidas cautelares personales

El órgano jurisdiccional ha estado y está preocupado por la aplicación del mandato de detención que decretan los jueces, motivo por el cual se han reunido en más de una oportunidad a fin de debatir este tema que requieren aclaraciones dogmáticas a fin de llegar a conclusiones concordadas.

En dicho Pleno Jurisdiccional se señaló que sobre la detención subsisten una serie de temas que requieren urgentes aclaraciones dogmáticas. De ello la Comisión organizadora ha seleccionado los siguientes:

- a. La posibilidad de modificar el mandato de detención por comparecencia.
- b. Los problemas vinculados a la aplicación del vigente artículo 137 del Código Procesal Penal de 1991, referido a la libertad por exceso en el plazo de detención provisional.

(...)

a) Interrogantes:

1. Si durante la instrucción decae la base de la imputación (el principio de prueba), ¿puede sustituirse la detención por una orden de comparecencia?
2. ¿Puede considerarse que desaparecidas las bases sobre las que se dictó la medida de cautela personal ella debe ser levantada?
3. ¿Puede concederse libertad provisional de oficio o sólo a pedido del imputado?
4. ¿Cómo se debe tramitar el pedido de libertad provisional que se plantea una vez terminada la instrucción? ¿Cómo debe tramitarse el pedido que se plantea durante la fase intermedia, después de la acusación?⁴⁷⁹

Luego de intensos debates en las que intervinieron magistrados de todos los distritos judiciales del país, consideraron que la libertad es un derecho

⁴⁷⁹ Pleno Jurisdiccional Penal 1997, Tema 3 (en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 40, enero, Lima, 2002, p. 245).

fundamental de la persona, cuyo ejercicio debe estar dotado de todas las garantías y que la detención restringe este derecho, por lo que es necesario analizar las disposiciones legales dictadas sobre esta medida, así como sus modificatorias para revocarla. Los concurrentes también discutieron y debatieron en dicho pleno jurisdiccional respecto a las resoluciones que se han dictado sobre este particular, para luego se llegar a lo siguientes acuerdos.

b) Respuestas

1. El mandato de detención es procedente sólo cuando se presentan en el caso sometido a consideración del juez penal los tres requisitos exigidos por el artículo 135 del Código Procesal Penal. La ausencia de uno de ellos impide dictar dicha medida cautelar (...)
2. El mandato de detención puede sustituirse por el de comparecencia si durante el curso del procedimiento se enerva alguno de los requisitos previstos en el artículo 135 del Código Procesal Penal (...)
3. En caso de que el superior en grado anule una sentencia absolutoria en virtud de la cual se excarceló al imputado detenido, el juez penal o sala penal superior podrá dictar mandato de detención siempre que no haya transcurrido el plazo de detención fijado en el artículo 137 del Código Procesal Penal y se den los requisitos estipulados en el artículo 135 del Código Procesal Penal (...)⁴⁸⁰.

c) Revocatoria o variación de la detención

“Segundo. La prisión preventiva es medida cautelar transitoria de aseguramiento del proceso penal (la doctrina discute su legitimidad y propone medidas alternativas). No cabe resocialización de quien no está condenado (...)

Quinto. Si los motivos que dieron lugar a emitir la medida cautelar se modifican o desaparecen no es justo, no es lógico, ni es razonable que subsista la medida cautelar que se dictó cuando eran otras las condiciones que la causaron. En estos casos la medida cautelar impuesta debe modificarse. (...); se trata de la privación de la libertad

⁴⁸⁰ *Guía rápida de Jurisprudencias vinculantes y Acuerdos de Plenos Jurisdiccionales* tema: N° 3 .fecha 1i248-24 9.56

ambulatoria que la Constitución prevé sólo con fines procesales y en caso de peligro de fuga o de entorpecimiento.

Sexto. La desconfianza en el juez en la administración de la medida cautelar, no es justificación suficiente para reducir su naturaleza contra reo y contra justicia; son otras las medidas que se debe adoptar y en otro terreno: capacitación, control y revisión.

Séptimo. La parálisis judicial por el temor del juez a ser cuestionado su proceder por modificar su mandato, es característico de la cultura judicial tradicional ya superada; se requiere de un juez que administre justicia sin temor, respetando la ley.

El juez puede variar esta y toda otra medida cautelar que dicte.

Prórroga del plazo de detención. Ponencia propuesta por la Sexta Comisión, sustentada por el Sr. V. S. Pariona Pastrana y aprobada por aclamación:

Fundamento.- Siendo uno de los principios de la Detención la provisionalidad y excepcionalidad, ésta no puede excederse más allá del los plazos establecidos en la ley procesal.

Propuesta del acuerdo.- Se puede prorrogar excepcionalmente los plazos máximos establecidos cuando se dan los presupuestos del artículo 137º del C.P.P., esto es, cuando se dan circunstancias que importan una especial dificultad o especial prolongación de investigación, tales como: la gravedad del ilícito penal, la peligrosidad del agente, las sentencias declaradas nulas, dificultad material de trasladar al procesado, la demora en obtener el resultado de una denominada prueba entre otras⁴⁸¹.

Como se sostiene en este Plenario la finalidad es llegar a conclusiones: a) sólo procede la detención cuando concurren los tres requisitos. b) en el caso concreto referido al plazo de detención preventiva judicial sostienen que teniendo en cuenta que es una medida provisional y excepcional es necesario precisar las circunstancias y razones por las cuales se puede prorrogar el plazo de dicha medida restrictiva.

⁴⁸¹ En diálogo con la Jurisprudencia, N° 40, ibidem, p, 250

Pleno Jurisdiccional 1998

Acuerdo Nº 6

El término para interponer recurso de apelación contra el mandato de detención es de tres días, contados a partir del momento en que se tiene conocimiento fehaciente de dicha medida (...)

Cuando el Superior Tribunal revoca la medida de detención dictada por el juez penal y dicta mandato de comparecencia restrictiva, imponiendo una caución, no debe exigirse su pago para excarcelar al imputado o levantar las órdenes de captura que se le dictaron (...).

Es posible fraccionar el pago de la caución, para lo cual deben tenerse en consideración las posibilidades económicas del imputado. En este caso, el juez debe fijar los plazos y modalidades (...). El mandato de detención no puede dictarse automáticamente omitiendo motivarlo con arreglo a los presupuestos materiales que la fundamentan (...)⁴⁸².

⁴⁸² *Guía rápida de Jurisprudencias vinculantes y Acuerdos de Plenos Jurisdiccionales Pleno Jurisdiccional Penal 1998*, Acuerdo 6, cit., p. 257.

Pleno Jurisdiccional de octubre de 2000, Chiclayo

Tema N° 4, Conversión del Mandato de Detención

Acuerdos:

Primero. Por consenso: La revocación del mandato de detención del último párrafo del artículo 135 del Código Procesal Penal, modificado por la Ley N° 27226, es de naturaleza jurídica distinta a la libertad provisional del artículo 182 del Código Procesal Penal, aun cuando ambas tienen el mismo efecto de excarcelar al procesado.

Segundo. Por consenso: La revocación del mandato de detención que establece el último párrafo del artículo 135 del Código Procesal Penal procede aun en los casos de prohibiciones excarcelatorias previstas en leyes especiales.

Tercero. Por consenso: Los supuestos en que se puede acordar la revocación del mandato de detención en aplicación del último párrafo del artículo 135 (...), son los siguientes: a) cuando los nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que vinculen al procesado con la comisión de un delito doloso, b) cuando los nuevos actos de investigación determinen la variación de la pena probable por debajo de los 4 años de pena privativa de libertad; y c) cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de pruebas sobre el peligro procesal.

Basta que se configure alguno de esos supuestos para que proceda la revocación del mandato de detención.

Cuarto: Por aclamación: Es procedente acordar la revocación del mandato de detención en aplicación del último párrafo del artículo 135 del Código Procesal Penal, modificado por la Ley N° 27226, en el caso de los procesados ausentes o libres⁴⁸³.

⁴⁸³ Pleno Jurisdiccional Penal de 2000 (en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 44, mayo, Lima, 2002, p. 273).

Pleno Jurisdiccional Regional Penal, “Las acciones de Hábeas corpus en contra de resoluciones judiciales” 2002

Primera Parte

Tema N° 01. La acción de Hábeas Corpus como medio para garantizar el debido proceso.

Tema N° 02. Hábeas Corpus y exigencia de motivación del peligro procesal. Acuerdo.

Producida la motivación se está satisfaciendo la exigencia constitucional, consecuentemente el criterio empleado en dicha fundamentación es de competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria, y de producirse un reexamen de la motivación se estaría atentando al principio de exclusividad, **todo ello entendido de que la motivación está sustentada en factores de racionalidad, suficiencia y proporcionalidad** (resaltado es nuestro) (...)

Tema N° 04. Hábeas Corpus y exceso del plazo de detención.

Conclusiones.

1. Que el plazo de detención debe ser el de la ley vigente al momento en que cometió el hecho.
2. Para duplicar el plazo el Juez debe dictar un auto motivado.
3. El plazo máximo de detención debe ser de 30 o 36 meses, y no debe prolongarse dicho plazo como actualmente se encuentra redactado en el tercer párrafo del artículo 137° del Código Procesal Penal, por ser muy excesivo el tiempo de carcelería.
4. El Estado no debe ser privilegiado para considerarse una causa de naturaleza compleja.

Tema N° 05. Vigencia temporal de las normas del artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991.

3ª cuestión: Por mayoría: teniendo carácter automático la duplica de del plazo de detención a que se refiere el artículo 137° del Código Procesal Penal, modificado por la Ley N° 27553, no requiere la emisión de auto motivado.

4^{ta} Cuestión: No es suficiente que el Estado tenga la calidad de agraviado para que produzca la duplica automática del plazo de detención, por atentar contra el derecho a la igualdad de las partes, por los que en todos los casos se debe atender a la complejidad o especial dificultad que en el caso concreto se presente.

Segunda Parte

Tema N° 03. Nulidad de actuados y cómputo del plazo de detención

Tema N° 05. Aplicación del artículo 11 de la Ley N° 23506 de Hábeas Corpus y Amparo⁴⁸⁴.

⁴⁸⁴ Pleno Jurisdiccional Regional Penal de diciembre 2002. "Las acciones de hábeas corpus". En contra de las Resoluciones Judiciales (en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 68, mayo, Lima, 2004, p. 227).

Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal 2004.

Tema N° 1 Plazo razonable de la detención preventiva.

SE ACUERDA:

Primero.- Por unanimidad: La interpretación del artículo 137 del C. P. P. debe ser restrictiva en cuanto a los plazos máximos de detención; y tratándose de derechos fundamentales, la interpretación debe ser extensiva, favorable a los imputados.

Segundo.- Por mayoría: Los jueces deben fijar discrecionalmente los plazos de detención preventiva judicial, teniendo en cuenta los límites que establece la ley, por lo que pueden ser menores a los dieciocho y treinta y seis meses.

Tercero.- Por mayoría: Los supuestos de duplicación y prolongación de los plazos de detención preventiva no son complementarios sino excluyente.

(...)

Séptimo.- Por unanimidad: En tanto el juez tenga en cuenta los presupuestos materiales para decretar la prisión preventiva, no habría contradicción entre los plazos máximos que establece nuestro sistema procesal y los principios de presunción de inocencia y el plazo razonable de juzgamiento derivados del derecho a la dignidad de la persona.

Octavo.- Por mayoría: El plazo máximo de detención preventiva de 18 a 36 meses, resulta razonable en tanto se consoliden con la actividad probatoria los supuestos que sustentan el mandato de detención, caso contrario el juez, de oficio debe variar dicha medida por ser favorable al imputado.

Noveno.- Por unanimidad: No se justifica un prolongado tiempo de detención preventiva bajo el argumento de la tranquilidad o el interés social, por tratarse de argumentos abiertos e indeterminados que podrían generar excesos por parte del juzgador, estableciendo criterios subjetivos.

Décimo.- Por mayoría: Se puede hacer uso de mecanismos alternativos para asegurar la presencia del procesado, sin acudir a un plazo excesivo de detención preventiva, como los de: fijar su permanencia en el lugar de su residencia, impedimento de salida del país; y tratándose de imputados solventes debe fijarse una caución.

Décimo primero.- Por mayoría: Por mayoría: Las resoluciones del Tribunal Constitucional son vinculantes si efectúan una interpretación del artículo ciento treinta y siete del Código Procesal Penal, de conformidad con el derecho a la libertad individual; y si se trata de fallos reiterados y uniformes, debe tenerse en consideración lo dispuesto por la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución; además que los intérpretes finales de los derechos son los organismos supranacionales.

TEMA: Nº 1.1 El arresto domiciliario.

SE ACUERDA:

Primero.- Por mayoría: El arresto domiciliario es solo una restricción en comparecencia no equiparable a la detención domiciliaria.

Segundo.- Por mayoría: El arresto domiciliario debe tener un plazo porque limita la libertad del procesado.

(...)

Sexto.- Por mayoría: El tiempo del arresto domiciliario es computable como parte del plazo de 18 meses establecido en el nuevo Código Procesal Penal, para conceder la libertad por exceso de detención sin sentencia.

Séptimo.- Por mayoría: El tiempo de arresto domiciliario no se deberá computar para deducirla de la pena privativa de libertad impuesta.

Octavo.- Por unanimidad: El mandato de comparecencia con restricciones no tiene la misma naturaleza que la libertad por exceso de detención porque la comparecencia se dicta cuando no corresponda un mandato de detención, es decir, no se dan los presupuestos del artículo 135 del C.P.P., en cambio la libertad por exceso de detención es por vencimiento de plazo.

Noveno.- Por unanimidad: Los criterios para determinar arresto domiciliario están establecidos en la ley: ser mayor de 65 años, adolecer de enfermedad grave o incapacidad física y cuando el peligro de fuga o perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse.

Décimo: Por mayoría: No es constitucional que resuelta la libertad por exceso de detención se establezca arresto domiciliario, pues se estaría imponiendo dos medidas cautelares sucesivas que afectan el mismo derecho fundamental; la libertad ambulatoria. Se pueden imponer otras

medidas como reglas de conducta conforme lo ha hecho la Corte Suprema en el caso Lizier.

TEMA N° 2

Desvinculación de la acusación Fiscal y el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional. (...)

CIRCULARES

- 1) Oficio Circular de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema N° 01-95-SPCSJ del 13 de junio de 1995. En el tercer párrafo dice: “Por acuerdo de la Sala Penal de mi Presidencia se deberán impartir las Directivas pertinentes a las Salas Superiores y Juzgados Penales, a fin de que obligatoriamente y bajo responsabilidad observen las normas de procedimiento que señalan en los siguientes puntos: “Detención: Los jueces para dictar mandato de detención contra un imputado deben determinar que concurren los tres requisitos que establece taxativamente el artículo 135° del Código Procesal Penal. Debiendo expresar en la Resolución Judicial pertinente los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la medida coercitiva; se ha advertido que inexplicablemente y en forma arbitraria, en algunos casos que se ha dictado Mandato de Detención con la sola concurrencia de uno de los requisitos o dos de ellos (...) convirtiéndose en una detención arbitraria”.
- 2) Oficio Circular N° 077-95-SGCSJL, de 6 de octubre de 1995, del Presidente de la Corte Superior de Lima: Dirigida a todos los Juzgados de Lima, en su parte considerativa señala: “Que los integrantes de la Comisión designada por la Sala Penal de la Corte Superior de Lima, a efectos de unificar la aplicación de determinadas instituciones y normas penales alcanzaron las siguientes recomendaciones: Con relación a las medidas cautelares y contra cautelares. La detención se encuentra regulada por el artículo 135 del Código Procesal Penal con requisitos específicos y efectos claramente señalados. Deben concurrir conjuntamente los tres presupuestos que exigen dicho artículo. La ausencia de algunos de ellos hace imposible la aplicación de dicha medida. Para los efectos de decretar mandato de detención, se requiere la existencia de medios probatorios que vinculen al procesado con la comisión del hecho delictivo que la imputa, no basta que el juez se limite a señalar que es el autor, sino que es necesaria la existencia de prueba de que ha intervenido en la comisión del hecho punible.